La responsabilité des héritiers

pour les

cautionnements du défunt

en droit suisse

THÈSE

présentée à la Faculté de Droit de l'Université de Berne

par

ANDRÉ MAFFLI

de Höfen, à Roches, Jura bernois

Berne 1944

Imprimerie Boivin & Bitterli

La responsabilité des héritiers

pour les

cautionnements du défunt

en droit suisse

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546502_0076

La responsabilité des héritiers

pour les

cautionnements du défunt

en droit suisse

THÈSE

présentée à la Faculté de Droit de l'Université de Berne

par

ANDRÉ MAFFLI

de Höfen, à Roches, Jura bernois

Berne 1944

Imprimerie Boivin & Bitterli

La faculté de droit de l'Université de Berne a accepté cette thèse le 28 octobre 1943, sur proposition de M. le Professeur Dr A. Comment, Juge au Tribunal fédéral, sans pour autant vouloir se prononcer sur les opinions qu'elle renferme.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

A mes chers parents

TABLE DES AUTEURS

Anghelovici
Du bénéfice d'inventaire dans le Code civil suisse, Thèse, Paris, 1912.

Blumenstein E.
Handbuch des schweizerischen Schuldbetreibungsrechtes, 1911.

Capitaine
La Liquidation officielle d'une succession en droit suisse, Prix de la Société suisse des Juristes 1934. Genève, 1935.

Chavegrin
Le bénéfice d'inventaire dans le Code civil suisse, Thèse, Paris, 1911.

Curti Arthur
Erbenhaftung für Bürgschaftsschulden, RSJ 6/216.

Eisenhut
Das öffentliche Inventar im schweizerischen Zivilgesetzbuch..., Thèse, Leipzig, 1912.

Escher
Das Erbrecht, 2ème éd., dans : Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Zürich.

Gautschi
Ueber die Rechtswirkungen des öffentlichen Inventars, RSJ 19/338 et suiv.

Giovanoli
Kommentar zum revidierten Bürgschaftsrecht, vol. 6 du commentaire édité par Becker, Berne, 1942.

Gmür Max
Die Haftbarkeit der Erben für die Bürgschaftsschulden des Erblassers nach schweizerischem Recht, historisch und de lege ferenda dargestellt, Couronné par la Société suisse des Juristes, Bâle, 1896.

Guhl

Das neue Bürgschaftsrecht der Schweiz, Zürich, 1942.

Hürlimann

Die Haftung der Erben für die Bürgschaftsschulden des Erblassers nach schweizerischem Recht, historisch und de lege ferenda dargestellt. Premier Prix de la Société suisse des Juristes, Bâle, 1896.

Jäger C.

Commentaire de la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, trad. française.

Rossel et Mentha

Manuel du droit civil suisse, 2ème éd.

Saleilles

La responsabilité de l'héritier dans le Code civil suisse. Dans le Bulletin de la Société d'études législatives, Tome 10, Paris, 1911, pages 476 et suiv.

Trott J.

Ueber die Rechtsnatur und die Rechtswirkungen des erbschaftsamtlichen Inventars, RSJ, 16/249 et suiv.

Tuor

Das Erbrecht, vol. 3 du commentaire édité par Becker, Berne.

Le Code Civil Suisse, traduit de l'allemand d'après la 4ème éd., cité : Tuor CCS.

Weisflog

Die Haftung der Erben für die Bürgschaftsschulden des Erblassers nach schweizerischem Recht, historisch und de lege ferenda dargestellt. Couronné par la Société suisse des Juristes, Zürich, 1896.

Widmer Max

Die Bürgschaft im Konkurs, Thèse, Bâle, 1937 (Dactylographié).

ABRÉVIATIONS

Remarque :

Les ouvrages énoncés ci-dessus ne sont cités qu'en indiquant le nom de l'auteur et la page à laquelle nous renvoyons.

Protocole

Code civil suisse. Protocole de la commission des experts, 1 et 2, 1901—1902.

Bulletin

Bulletin sténographique officiel de l'Assemblée fédérale suisse, 1906.

RSJ Revue suisse de Jurisprudence, Schweizerische Juristen Zeitung.

RJB Revue de la Société des Juristes bernois, Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins.

ATF Arrêt du tribunal fédéral, Recueil officiel.

C Code civil suisse. (Les chiffres non accompagnés d'indicateur concernent ausi le C.)

CO Code fédéral des obligations.

LP Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite.

Jugement argovien :

Jugement de la Cour d'Appel argovienne du 21 VI 1919, publié dans Vierteljahresschrift für Aargauische Rechtssprechung, 20/116 et suiv.

Jugement de Bâle-Campagne :

Jugement de la Cour d'Appel de Bâle-Campagne du 18 VI 1937, publié dans RSJ 35/172 et suiv.

Jugement bernois :

Jugement de la Cour d'Appel bernoise du 24 IX 1935, publié dans RJB 72/730 et suiv.

Introduction historique.

I. DROIT ROMAIN.

La responsabilité des héritiers pour les cautionnements du défunt n'existait pas dans l'ancien droit romain, car la sponsio et la fidepromissio, les deux plus anciennes formes romaines de cautionnement, n'avaient d'effets qu'à l'égard de la caution [1]). Cela ressort nettement de deux passages de Gaius : « Praeterea sponsoris et fidepromissoris heres non tenetur, nisi si de peregrino fidepromissore quaeramus, et alio iure civitas eius utatur... » (Gai. 3, 120) ; et encore : (Gai. 4, 113) « ... et sponsoris et fidepromissoris heres non tenetur. »

A l'époque où seuls ces deux genres de cautionnements étaient en usage, le droit des obligations était encore si peu développé que la caution elle-même n'osait s'engager pour plus de deux ans : « Item sponsor et fidepromissor per legem Furiam biennio liberantur » (Gai. 3, 121).

Les raisons qui déterminèrent les anciens Romains à ne pas considérer ces cautionnements comme grevant la succession furent sans doute les mêmes que nous retrouverons chez les Germains. [2]) Lorsque leur commerce n'avait pas encore pris de l'extension, ils voyaient surtout dans le cautionnement une affaire personnelle, basée sur la confiance entre les parties.

---

[1]) Voir en particulier Ernst Levy, Sponsio, fidepromissio, fideiussio, 1907, pages 45 et suiv.; Korosec, Die Erbenhaftung nach römischem Recht, Leipziger rechtswissenschaftliche Studien, Heft 29, 1927, pages 65 et suiv.

[2]) Voir ci-après, sous II.

La multiplication des transactions et des opérations de prêt, fit passer au premier rang la question du remboursement du créancier. Le caractère personnel de la sponsio et de la fidepromissio était une des principales entraves à ce remboursement. Pour que ce dernier soit mieux assuré, les héritiers devaient être tenus des cautionnements du défunt. D'autres améliorations étaient également nécessaires. Malgré tout, on ne modifia pas l'ancien droit; mais on créa une nouvelle forme de cautionnement, dénommée fidejussio, qui fut assimilée aux autres contrats, et engagea, comme eux, les héritiers. (Gai, 3, 10; 1. 24 C. de fidej. et mand. 8, 40 : Fidejussio non tamen ipse obligatur, sed etiam heredem obligatur relinquit.)

La fidejussio, forme la plus sûre de cautionnement, au point de vue du créancier, fut la plus utilisée; c'est pourquoi on ne se trompe pas en disant que le droit romain admettait la responsabilité des héritiers pour les cautionnements du défunt.

II. DROIT GERMANIQUE.

Il résulte de la Loi Gombette (Lex Burgundionum, début du 6ème siècle), et en particulier du deuxième paragraphe de son titre 82, que le cautionnement n'avait, chez les anciens Germains, qu'un effet personnel: « Aut si fidejussor mortuus fuerit, heredes mortui judicem loci interpellent, ut ejus ordinatione alium fidejussorem ipsa conditione cogatur accipere et ab heredibus fidejussoris mortui nihil quaeratur. » Les héritiers ne répondaient pas de ce que le défunt avait garanti. Les documents démontrant qu'il s'agissait d'un principe commun à tous les Germains ne sont toutefois nombreux qu'à partir du 13ème siècle. Outre des contrats privés, les chartes de la plupart des villes renferment, à cette époque, des dispositions dans ce sens [3]).

Dans l'ancien droit germain, la caution était elle-même une sorte de gage qui répondait plutôt du débiteur que de la dette[4]).

---

[3]) Voir Gmür, pages 7 et suiv.; Hürlimann, pages 5 et suiv.; Weisflog, pages 18 et suiv. Le Schwabenspiegel (L Art. 7), cependant, reconnaît la transmissibilité successorale des cautionnements.

[4]) Loi Gombette, titre 19, paragraphes 1, 5 et 6; voir Gmür, pages 5 et suiv.; Weisflog, pages 3 et suiv.

Ce « gage » mourait-il, la garantie s'éteignait en même temps. La demeure du débiteur avait pour effet de livrer la « caution » comme otage au créancier, lorsque cela n'avait pas déjà eu lieu lors de la conclusion du contrat. L'insolvabilité du débiteur empêchant la libération de la caution, celle-ci tombait en une sorte de servitude. Par la suite, le système s'assouplit; seule la custodia subsista comme moyen de pression sur le débiteur [5]). Elle fut elle-même remplacée, soit par la perte de l'honneur de celui qui avait garanti l'exécution du débiteur sur son honneur, soit par une peine conventionnelle. Pour passer de la peine conventionnelle au paiement de la dette, il n'y avait qu'un pas à faire. Celui-ci fait, la caution ne joua plus, dès lors, qu'un rôle obligatoire, et elle était même, parfois, considérée comme un codébiteur solidaire. En conséquence, rien ne s'opposait plus à admettre que les héritiers étaient obligés pour les cautionnements du défunt. Le développement des transactions l'exigeait d'ailleurs. Dans la partie de notre pays qui fut occupée par les Burgondes, le processus était achevé, sous l'influence du droit romain, à la fin du 13ème siècle déjà; tandis que le droit germanique ancien continuait à prévaloir au nord et à l'est jusqu'au 15ème siècle [6]). Après ces époques, lorsque la caution ne désirait pas engager éventuellement ses héritiers, l'exclusion de leur responsabilité était expressément prévue dans le contrat de cautionnement.

III. DROITS CANTONAUX.

En obligeant, le cas échéant, la caution ou ses héritiers à rembourser le créancier comme si elle avait été débitrice, les opérations de prêt offraient une sécurité beaucoup plus grande; mais le risque passait des prêteurs aux cautions. C'est pourquoi une réaction ne tarda pas à se manifester, et les législateurs s'appliquèrent, chacun un peu à leur manière, à atténuer le danger résultant de la souscription de cautionnements. Toutefois, les prescriptions d'une certaine importance ayant trait à la protection des héritiers, ne sont, en général, pas antérieures au 18ème siècle.

---

[5]) Voir Weisflog, page 14.

[6]) Voir Weisflog, page 28.

Une curieuse disposition de la plupart des droits grisons [7]), libérait la femme, entre autres [8]), des engagements de cautionnement de son mari, si elle n'avait pas donné son assentiment lors de la conclusion du contrat, parce que ces dettes n'étaient pas plus réputées contractées dans l'intérêt de l'union conjugale que dans celui de la famille.

Une ordonnance lucernoise de 1706 déliait la caution et ses héritiers, en cas de cautionnement pour une durée indéterminée, si le créancier, sur réquisition, n'exigeait pas la dette principale dans les deux ans. Les héritiers savaient donc à quoi s'en tenir au plus tard deux ans après la mort du de cujus [9]).

Alors qu'en 1670 un mandat du Conseil de la Ville de Zurich libérait les héritiers de tous les engagements du défunt que les créanciers n'avaient pas portés à leur connaissance dans les deux ans suivant le décès de la caution, le règlement de 1715 (Satz- und Ordnungen eines Frey-loblichen Stadt-Gerichts, sixième partie, art. 16 et 17), reprenait le même principe en décrétant expressément que le créancier qui voulait conserver ses droits à l'égard des successeurs de la caution devait aviser ceux-ci du cautionnement au plus tard deux ans après la mort de l'obligé, ou prouver qu'ils en avaient eu connaissance.

Remarquable est une ordonnance bâloise de 1746. Elle est reproduite à l'art. 60 de la « Landesordnung » de 1757, et prévoit, en faveur des héritiers qui désiraient en faire usage, une sommation publique aux créanciers de cautionnement du défunt, les enjoignant de s'annoncer dans les 6 mois, faute de quoi ils ne pourraient plus rien réclamer aux héritiers. Les créanciers qui se faisaient connaître devaient, en outre, poursuivre le débiteur avec toute la diligence voulue, pour que les héritiers en répondent subsidiairement. Ces derniers étaient ainsi renseignés sur les cautionnements du défunt qui étaient, de plus, rapidement liquidés [10]). Cet avantage pouvait, néanmoins,

---

[7]) Voir Bühler, Das bündtnerische Erb- und eheliche Güterrecht nach seinen Quellen, Thèse, Berne, 1892, pages 28 et suiv.

[8]) Voici d'ailleurs la liste de ces engagements ne touchant pas les biens de la femme, dans le droit de Mesocco de 1645 : « debiti di sigurtà, giuochi, meretrici, criminalità ed osterie ».

[9]) Voir Hürlimann, page 27.

[10]) Voir Gmür, page 41.

se changer en inconvénient, en empêchant un débiteur dont la situation était incertaine, d'améliorer peut-être celle-ci par la suite.

La « Stattgerichtsordnung der Statt Schaffhausen » de 1766 adopta le système zurichois (voir ci-dessus), mais exigea, à l'art. 11 de son 8me chapitre, que les héritiers soient informés dans les quatre semaines à compter du décès. Cette disposition dut se révéler par trop difficile à observer lorsque la caution habitait la campagne, car on introduisit, en 1773, un délai de quatre ans dans ce cas.

Une ordonnance bernoise de 1784 obligea aussi, mais indirectement [11]), les créanciers à renseigner les héritiers sur les dettes de cautionnement du de cujus, en leur prescrivant d'annoncer celles-ci à l'inventaire public adopté dès 1761.

En 1773, le gouvernement bâlois promulga une ordonnance à l'intention de ses sujets de la campagne innovant un livre des cautionnements destiné à éviter que des engagements soient pris à la légère; ce qui, disaient les motifs, « réduit tant de veuves et d'orphelins à la misère, sans que ce soit de leur faute. » Dans ce livre devait figurer l'inscription détaillée de chaque cautionnement pour une somme dépassant 50 livres, faute de quoi l'engagement n'était valable que jusqu'à concurrence de ce montant. Ceux qui tentaient d'éluder la loi étaient punissables, et les cautionnements fractionnés dans ce but nuls. En requérant, contre paiement de modiques émoluments, des extraits de ce livre, les héritiers savaient immédiatement à combien se montaient les dettes de cautionnement de la succession.

Ce système dut faire ses preuves, puisqu'il servit de base, en 1838, à une loi « über Errichtung eines Bürgschaftsprotokolls im Stadtbezirk, sowie in Betreff des Uebergangs der Bürgschaftsverpflichtung auf die Erben » [12]). Les raisons du législateur étaient entre autres les suivantes : éviter aux héritiers des désagréments causés par des cautionnements du défunt qu'ils ne connaîtraient pas; et, en outre, permettre aux créanciers de conserver leurs droits à l'égard des successeurs de la caution. D'après cette loi, les héritiers qui acceptaient la succession purement et

[11]) Voir Weisflog, page 51.

[12]) Loi du 2 IV 1838, figurant dans le recueil des lois cantonales au 4ème vol., pages 346 et suiv.

simplement répondaient solidairement des cautionnements inscrits. En revanche, lorsque rien n'était inscrit, ils n'en répondaient que jusqu'à concurrence de leur enrichissement, mais pendant 10 ans au plus. Passé ce délai, le créancier qui voulait encore poursuivre un héritier, devait prouver que ce dernier avait eu connaissance du cautionnement en question. En cas d'acceptation sub beneficio inventarii, seuls les cautionnements du défunt annoncés dans les deux mois, et ceux figurant dans le registre, passaient aux héritiers.

Le registre des cautionnements de Bâle-Ville ne fut supprimé que par la loi du 26 VI 1882 sur l'introduction du code fédéral des obligations. Hürlimann (page 40), affirme qu'on l'utilisa avantageusement jusqu'à cette époque. Il n'en fut pas de même du livre introduit à la campagne bâloise en 1773, qui, bien qu'aboli officiellement en 1882 également, était alors déjà tombé en désuétude depuis 60 ans.

Le code civil zurichois de Bluntschli (1856), reprit, à son paragraphe 1813, le principe élaboré en 1715 déjà : « Die Bürgschaftsverpflichtung geht auf die Erben über. Der Gläubiger ist aber verpflichtet, binnen zwei Jahren seit dem Tode des Bürgen dessen Erben von der Bürgschaft Kenntnis zu geben. Versäumt er dies, und kann er nicht beweisen, dass die Erben von der Bürgschaft ohnedem gewusst haben, so sind dieselben von der Bürgschaft befreit ».

Bien que Schaffhouse et les Grisons se fussent inspirés de la législation zurichoise, seul le premier de ces cantons adopta la disposition du paragraphe 1813 du code civil zurichois. Le canton des Grisons resta fidèle, dans ce domaine, à son ancien droit, et prescrivit seulement que la femme serait exemptée de toute responsabilité pour les cautionnements de son mari, si elle ne s'était engagée en qualité de cocaution avec l'assentiment de l'autorité tutélaire; (paragr. 40 [2] de l'ancien code civil des Grisons).

Soleure réinventa [13]), en 1888 [14]), sous l'influence du projet de code fédéral des obligations de Munzinger, la sommation

---

[13]) Voir Hürlimann, page 41.

[14]) « Gesetz über Bürgschaftsruf bei Erbesübernahmen und Schenkungen » du 28 XII 1838, dans le recueil officiel du canton de Soleure, vol. 60, pages 211 et suiv.

aux créanciers de cautionnement du défunt de la « Landesordnung » bâloise de 1757 (voir ci-dessus, page 10), qui venait d'être abrogée, en même temps que le livre des cautionnements [15]). Les principes de cette loi soleuroise furent repris, avec quelques modifications, dans le code civil soleurois du 5 VII 1891; (paragraphes 734 à 759). Chaque héritier avait la faculté de requérir une sommation publique aux créanciers du chef de cautionnements du défunt. Ces derniers devaient annoncer leurs créances dans les 90 jours à compter dès la première sommation, sous peine de forclusion. Ces prescriptions, en partie contraires au droit fédéral des obligations [16]), firent place, à partir du 1er janvier 1912, au Code civil suisse [17]).

IV. DROIT FEDERAL.

Le projet de Code fédéral des Obligations de 1875 renfermait, à son art. 510, à peu près la même règle que le paragraphe 1813 du code civil zurichois de 1856. Le créancier par suite de cautionnement du de cujus était dans l'obligation de faire part, à l'un des héritiers au moins, de l'engagement du défunt, et cela dans les deux ans à partir du décès. Passé ce délai, le créancier ne pouvait plus actionner les héritiers, à moins de prouver que, même s'il avait usé de toute l'attention voulue, il n'aurait pu connaître le décès de la caution, ou que l'un des héritiers savait déjà, avant que les deux ans fussent écoulés, que le défunt avait cautionné. La caution ne pouvait renoncer d'avance à cette prescription au détriment de ses héritiers.

Cet art. 510, quelque peu complété, devint l'art. 513 du Projet du Conseil fédéral de 1879. Il rencontra une forte opposition de la part des milieux bancaires. La commission du Conseil National en proposa la radiation, et on le laissa finale-

---

[15]) Par la loi du 17 XII 1882 sur l'introduction du Code fédéral des Obligations, publiée dans la feuille officielle de Bâle-Campagne, 1882, 2ème partie, pages 467 et suiv.

[16]) Voir Weisflog, pages 56 et suiv.

[17]) Le code civil soleurois de 1891 fut abrogé par la loi soleuroise du 10 XII 1911 sur l'introduction du Code civil suisse.

ment tomber, quoique adopté par le Conseil National, parce que son application dépendait du droit successoral [18]).

Eugène Huber, l'auteur des projets du Code civil suisse, avait déjà étudié, dans son ouvrage monumental (System und Geschichte des schweizerischen Privatrechtes, IV, page 884, etc.), l'évolution du droit de cautionnement relatée ci-dessus; il était convaincu que l'ancienne règle du droit germanique n'attribuant au cautionnement qu'une portée personnelle, contraire à une succession, était encore ancrée dans la conscience juridique du peuple, et qu'elle correspondait à une idée équitable justifiant, dans une législation moderne [19]), une restriction à la transmissibilité des dettes de cautionnement aux héritiers.

Dans son projet partiel de 1894, il limita la responsabilité des héritiers pour les cautionnements du défunt à l'excédent d'actif restant après paiement des créanciers ordinaires de la succession, pour autant qu'un inventaire avec sommation publique eût eu lieu auparavant; c'est pourquoi il rattacha l'art. en question au chapitre du bénéfice d'inventaire qui prévoit un inventaire avec sommation publique aux créanciers. Voici le texte de cet art. 566 : « Les dettes du défunt en vertu de cautionnements sont portées à l'inventaire; les héritiers n'en sont tenus, même s'ils acceptent purement et simplement, que jusqu'à concurrence de leur émolument actif. » L'Avant-projet du Département fédéral de Justice et Police de 1900, reprit à son art. 603 la même disposition avec quelques modifications de nature rédactionnelle : « Les cautionnements du défunt sont portés séparément à l'inventaire. Les héritiers n'en sont tenus, même s'ils acceptent purement et simplement, que sur ce qui reste après paiement des autres dettes.» L'Exposé des motifs de l'Avant-projet dit même (page 111) : « Il ne nous répugnerait nullement de prescrire que les héritiers répondent des dettes dérivant de cautionnements jusqu'à concurrence seulement de l'actif successoral, si une semblable solution n'impliquait pas

---

[18]) Voir Gmür, pages 48 et suiv.; Hürlimann, pages 43 et suiv.

[19]) Voir à ce sujet, particulièrement : Code civil suisse, Exposé des motifs de l'Avant-projet du Département fédéral de Justice et Police, 1901, tome 2ème, page 111; et Bulletin, page 301 (exposé de Huber devant le Conseil Nationnal).

précisément un inventaire officiel destiné à fixer cette valeur ». L'auteur de l'Avant-projet s'attendait-il à une opposition, et voulait-il se réserver la possibilité de faire des concessions ?

Quoi qu'il en fût, la commission des experts, à laquelle cet article fut soumis, en 1902, formula de nombreuses critiques à son égard [20]). On l'accusa, entre autres, de porter atteinte au crédit en enlevant au cautionnement toute sa portée. Rossel fit aussi remarquer [21]) que si les créanciers du chef de cautionnements avaient la possibilité de requérir la liquidation officielle qui leur accorde les mêmes droits qu'aux autres créanciers, cette prescription n'aurait pas d'emploi. Des propositions tendantes à restreindre la portée de cet article furent rejetées lors de la votation, et la radiation l'emporta.

Mais ce ne fut que provisoire, car 2 jours plus tard la commission décida de reprendre la discussion de cet art. 603 [22]), la votation ayant abouti à sa radiation n'ayant pas été ordonnée logiquement. Huber se rallia à la proposition tendante à accorder aux créanciers de cautionnement le même dividende qu'ils auraient en cas de liquidation au marc le franc. On évitait ainsi les inconvénients qu'avait relevés Rossel; et ce fut cette solution de compromis qui l'emporta.

Le Conseil fédéral, dans son Projet de 1904, approuva la modification apportée par la commission des experts, et précisa comme suit, à l'art. 589, dans le chapitre du bénéfice d'inventaire, la responsabilité des héritiers de la caution: « Les cautionnements du défunt sont portés séparément à l'inventaire; les héritiers n'en sont tenus, même s'ils n'ont pas accepté sous bénéfice d'inventaire, que jusqu'à concurrence du dividende qui serait échu aux cautionnements en cas de liquidation au marc le franc du passif héréditaire. »

Devant le Conseil National, en mars 1906, Huber, rapporteur de la commission, fit remarquer [23]) que cette solution avait, pour les créanciers en vertu de cautionnements, cet avantage sur les précédentes, qu'ils recevraient de cette façon autant que si la succesion avait été liquidée conformément aux

---

[20]) Voir Protocole, pages 665 et suiv.

[21]) Voir Protocole, page 667.

[22]) Voir Protocole, pages 702, 710 et suiv.

[23]) Voir Bulletin, page 301.

règles de la faillite. Pour les débiteurs, cette responsabilité restreinte était également préférable à une responsabilité entière; et ils devaient ainsi être mieux à même d'accepter une succession grevée de cautionnements.

La commission du Conseil National proposait d'accepter l'art. 589 avec cette petite modification que les héritiers seraient tenus non simplement comme en cas de liquidation au marc le franc, mais jusqu'à concurrence du dividende qui serait échu aux cautionnements en cas de liquidation du passif héréditaire selon les règles de la faillite; et cette version fut adoptée sans discussion par le Conseil National.

Au Conseil des Etats, à la session de juin de la même année, le rapporteur Hoffmann [24]), après avoir exposé la portée de l'art. 589 proposé, commenta la décision de la commission du Conseil des Etats recommandant la radiation. Il exposa d'abord que la majorité de la commission n'avait pu partager l'opinion d'après laquelle le peuple croyait encore que les dettes de cautionnement ne passaient pas aux héritiers. Puis il dit qu'il n'était pas convenable que l'héritier puisse, à sa guise, se soumettre à une responsabilité plus ou moins grande. Le crédit aurait à souffrir d'un tel état de choses. Il affirma qu'il serait presque impossible de calculer un dividende de faillite, sans faillite effective. L'estimation des biens ne peut être comparée à une vente aux enchères. D'autres orateurs développèrent, au cours des débats les mêmes arguments. Python [25]) compara la mesure prévue à un coup d'épée dans l'eau : « Les établissements financiers n'admettront plus les cautionnements, et les emprunteurs se présenteront tous en qualité de codébiteurs solidaires. Par le système que l'on veut introduire dans le code, on empêchera le débiteur de trouver d'autres cautions. »

Les avantages incontestables du Projet trouvèrent néanmoins des défenseurs convaincus parmi les membres du Conseil des Etats; et, à la votation, les partisans de l'adoption eurent le dessus, quoique de justesse.

Avant l'entrée en vigueur du Code civil suisse, le 1er janvier 1912, l'art. 589 devint l'art. 591, et sa rédaction fut améliorée.

---

[24]) Voir Bulletin, pages 463 et suiv.

[25]) Bulletin, page 469.

CHAPITRE PREMIER.

§ 1. La responsabilité des héritiers pour les cautionnements du défunt en cas d'acceptation de la succession sans réquisition du bénéfice d'inventaire, quand la liquidation officielle est demandée et lorsque tous les héritiers répudient.

Le droit civil suisse ne réglementant expressément le transfert successoral des cautionnements du défunt qu'à l'art. 591 C, et cet article ne s'appliquant que lorsque la succession est acceptée et que le bénéfice d'inventaire est demandé (580 et suiv.), les héritiers sont donc tenus dans tous les autres cas des cautionnements du de cujus comme de ses autres dettes [1]).

A. *Lorsque la succession est acceptée sans réquisition du bénéfice d'inventaire,* les héritiers sont donc personnellement et solidairement responsables des cautionnements du défunt [2]), quelles que soient les raisons pour lesquelles ils sont à considérer comme acceptants. Les droits et exceptions de la caution décédée, pour autant qu'ils ne soient pas intransmissibles, passent à ses héritiers.

Ceux-ci peuvent donc, dès l'ouverture de la succession, prendre les mesures que la loi prévoit pour amener la fin du cautionnement. (Il est d'ailleurs également utile de prendre ces mesures lorsque la responsabilité des héritiers est limitée en vertu de l'art. 591.) Ils ont ainsi la faculté de révoquer le cautionnement pour une dette future, tant que celle-ci n'a pas

---

[1]) Dans ce sens, Rossel et Mentha, note 1101, page 196; Tuor, note 2 ad 591; Escher, note 7 ad 591; Guhl, pages 20 et 121.

[2]) Dans ce sens, Curti, page 216; Tuor, note 3 ad 560; Escher, note 14 ad 560; exemple de cautionnement de compte courant, avec prélèvement après le décès de la caution : RJB 78/88.

pris naissance, aux conditions prévues par l'art. 510 [1,2] nouveau CO. Lorsque le cautionnement a été conclu pour un temps indéterminé, les héritiers peuvent agir conformément à l'art. 511 nouveau CO (éventuellement 503 [1] ancien CO), et contraindre ainsi le créancier à clarifier la situation [3]). Les cautionnements d'officiers publics et d'employés peuvent être dénoncés conformément à l'art. 512 nouveau CO.

Cependant, le contrat de cautionnement peut prévoir que les héritiers ne seront tenus en aucune manière pour le cautionnement, pas plus sur leurs biens personnels que sur ceux de la succession. En cas de décès de la caution, ils ne sont alors pas responsables, même s'ils acceptent sans procédure de bénéfice d'inventaire. Par contre, la caution qui voudrait atteindre ce but en convenant avec le créancier que le cautionnement s'éteindra à sa mort, ne libérerait ses héritiers que si le créancier ne poursuit pas juridiquement l'exécution de ses droits dans les quatre semaines suivant le décès de la caution, et s'il ne continue pas ses poursuites sans interruption notable; (nouveau CO, art. 510 [3]) [4]). Mais, si la dette n'est pas exigible à ce moment-là, les héritiers ne peuvent se libérer qu'en fournissant des sûretés d'ordre réel; (nouveau CO, art. 510 [4]). S'ils ne le font pas, ils demeurent liés, sous réserve des dispositions sur la durée maximum des cautionnements, comme si cet engagement avait été convenu jusqu'à l'exigibilité de la dette; (nouveau CO, art. 510 [5]).

B. *En cas de liquidation officielle de la succession*, les héritiers ne répondent pas des dettes de celle-ci (593 [3]); ils ne sont donc pas tenus des dettes de cautionnement du de cujus. Les créanciers du chef de cautionnements sont payés sur l'actif de la succession, par les soins du liquidateur, qui les aura préalablement sommés publiquement de produire leurs créances (595 [2]). Si un cautionnement n'est pas encore échu, le liquidateur doit en déposer le montant total auprès de la caisse cantonale désignée à cet effet. Si le cautionnement n'échoit pas, la somme ainsi consignée revient aux héritiers [5]). La loi ne prévoyant pas que les dettes non annoncées dans le délai prévu

[3]) Même sens, Tuor, note 6 ad 591.

[4]) Même sens, Tuor, note 5 ad 591.

[5]) Voir Capitaine, page 167.

par la sommation soient forcloses, il faut en déduire que les créanciers qui s'annoncent seulement après la liquidation (donc aussi les créanciers de cautionnement qui réclament ultérieurement le paiement des héritiers), n'ont plus droit à être payés que dans les limites de l'enrichissement des héritiers [6]).

Si la succession est insolvable, la liquidation se fait par l'office, selon les règles de la faillite (597).

C. *Quand tous les héritiers légaux du rang le plus proche* répudient la succession, c'est également l'office des faillites qui la liquide; (573 1). Rappelons que la succession est censée répudiée lorsque l'insolvabilité du défunt est notoire ou officiellement constatée à l'époque du décès; (566 2). Les héritiers qui répudient ne sont, en principe, pas tenus des dettes (cautionnements) de la succession.

Notons, à ce propos, que la répudiation peut très bien être décidée parce que la succession risque de devenir trop obérée, le défunt s'étant engagé comme caution dans une mesure telle qu'une acceptation présente trop de danger, même aux conditions de l'art. 591. Dans ce cas, l'art. 573 2, prévoyant que le solde de la liquidation, après paiement des dettes, revient aux ayants droit comme s'ils n'avaient pas répudié, joue un rôle utile lorsque la succession finit néanmoins par laisser un solde actif.

Mais, si la succession est effectivement insolvable, une certaine responsabilité des héritiers peut quand même exister pour les dettes (cautionnements) du défunt. Les créanciers en vertu de cautionnements ont alors, comme les créanciers ordinaires, le droit de rechercher le renonçant et ses héritiers conformément à l'art. 497. Dans les mêmes circonstances, ils peuvent, sur la base de l'art. 579, actionner les héritiers qui ont reçu, pendant les 5 ans précédant le décès, des biens qui eussent été sujets à rapport en cas de partage. Enfin, l'action révocatoire du droit de faillite (LP 285 et suiv.), peut aussi entrer en considération.

---

[6]) Dans ce sens, Tuor, note 8 ad 593; Düring F., Die amtliche Liquidation der Erbschaft nach dem schweizerischen Zivilgesetzbuch, Thèse, Berne, 1926, page 72; Capitaine, page 82; Escher, note 21 ad 593.

CHAPITRE II.

La responsabilité limitée des héritiers pour les cautionnements du défunt, selon l'art. 591 C.

§ 2. La portée de l'art. 591 C.

Nous avons vu (pages 14 et suiv.), que l'art. 591 C, permettant aux héritiers de limiter leur responsabilité à l'égard des créanciers en vertu de cautionnements du de cujus dans la mesure du dividende qui serait échu à ces derniers si la succession avait été liquidée selon les règles de la faillite, est le produit d'un compromis entre deux tendances opposées, l'une estimant qu'il n'y a pas lieu de faire, en droit successoral, une distinction entre les dettes ordinaires et celles de cautionnement (droit romain), et l'autre ne voulant pas que les héritiers soient tenus, pour ces dernières, au delà des forces de la succession; (tendance du droit germanique).

Voici, pour illustrer ce fait, l'exemple donné par Hoffmann, rapporteur de la commission, devant le Conseil des Etats[1]). Une succession se compose de 20.000 fr. d'actifs, de 16.000 fr. de dettes ordinaires et de 8000 fr. de dettes de cautionnement. D'après le projet départemental, les héritiers seraient tenus, pour ces dernières dettes, jusqu'à concurrence de ce qui leur serait resté de la succession après paiement des 16.000 fr. de dettes ordinaires, soit pour 20.000 fr. moins 16.000 fr. = 4000 fr. représentant le 50 % des cautionnements. Selon le projet du Conseil fédéral (art. 591 actuel), ce pourcentage s'élèverait à $83\,^1/_3$% représentant la proportion dans laquelle 24.000 fr.

[1]) Voir Bulletin, page 461.

de dettes (16.000 fr. de dettes ordinaires + 8000 fr. de dettes de cautionnement), seraient couvertes par les 20.000 fr. d'actifs dans une faillite. Les héritiers seraient donc tenus, en vertu des dettes de cautionnement, pour le 83 1/3 % de 8000 fr., soit pour 6666,66 fr. [2]). Enfin, si les héritiers acceptants ne bénéficient pas d'une réduction de responsabilité, ils devraient s'acquitter entièrement des 3000 fr. de dettes de cautionnement.

Etant donné que, dans tous les cas, les dettes ordinaires devraient être soldées en totalité, les héritiers auraient donc à payer, de leur propre argent, dans le premier cas, rien; dans le second, 2666,66 fr. (16.000 + 6666,66 — 20.000), et, dans le troisième, 4000 fr. (16.000 + 8000 — 20.000). Ainsi apparaît bien la portée intermédiaire (acquittement de la somme de 2666.66 fr. par les moyens propres des héritiers), de la solution du Code civil par rapport aux propositions qui avaient été formulées au début des discussions législatives.

Alors que les 4000 fr. ci-dessus représentent le déficit total de la succession, les 2666,66 fr. sont constitués seulement par le déficit afférent aux dettes ordinaires. En effet, au lieu de verser le dividende de faillite aux créanciers ordinaires comme aux créanciers du chef de cautionnements, les héritiers doivent régler ces premiers entièrement, puisque dans le cas de l'art. 591 ils ont accepté la succession. En conséquence, lorsque l'art. 591 est applicable à une succession déficitaire, les biens successoraux ne suffisent pas pour payer tout le passif, dès que ce dernier comprend des dettes ordinaires; et ce n'est que lorsqu'il y a uniquement des dettes de cautionnement que les héritiers sont engagés jusqu'à concurrence de l'actif seulement, et ne doivent pas faire appel à leurs deniers personnels.

L'application effective de l'art. 591 suppose évidemment que des cautionnements échoient; mais il faut aussi qu'en définitive la succession soit insolvable, car si elle finit par s'avérer solvable, l'application des règles de la faillite conduit à acquitter les cautionnements en totalité, comme les autres dettes. Les créanciers de ce fait ne sont donc réduits à se contenter d'un dividende que lorsque la succession est insolvable.

Ils ne peuvent d'ailleurs s'en plaindre et prétendre que les créanciers ordinaires sont avantagés à leur détriment, puis-

---

[2]) Nous verrons au chapitre IV que des cas spéciaux peuvent se présenter qui modifient le résultat.

que ces derniers sont favorisés uniquement aux frais des héritiers. Les créanciers en vertu de cautionnements reçoivent tout ce qu'ils étaient en droit d'attendre de leur caution. Jamais ils n'ont pu compter sur la fortune des héritiers de celle-ci [3]; car ces héritiers ne sont pas forcés d'accepter la succession. Ils peuvent la répudier (566), ou requérir la liquidation officielle (593 [1]); ils ne répondent pas alors des dettes de la succession (573 [1], 593 [3]), et la faillite qui s'ensuit est peut-être encore moins avantageuse pour les créanciers par suite de cautionnements que l'art. 591, puisqu'elle nécessite une vente aux enchères, toujours aléatoire, des actifs successoraux.

Il existe d'ailleurs une grande différence entre une créance ordinaire et un cautionnement, et il est juste de dire avec Gottofrey [4]) que cet engagment a le caractère d'une libéralité éventuelle, bien que la caution ne voie en lui, au moment de contracter, qu'une formalité rendant service à autrui [5]). A l'échéance, le créancier réclame, en effet, une prestation qu'il a faite à une autre personne, le débiteur principal, qui n'est plus sûr, parce que des faits imprévisibles ont renversé ses plans, mais peut-être aussi parce qu'il ne possède pas les qualités qu'il faudrait pour gérer ses affaires. Il exige de la caution le paiement d'un bien économique qui non seulement ne lui a pas été remis, mais qui a été perdu par celui qui en avait bénéficié.

Le créancier ordinaire, au contraire, demande à son débiteur de lui rembourser ce qu'il lui a prêté; il lui demande la valeur d'un service qu'il lui a rendu. Il mérite donc d'être traité, dans une succession, avec moins de rigueur que le précédent. Inversément, on ne peut raisonnablement pas exiger des héritiers qu'ils fassent de grands sacrifices pour faire honneur aux cautionnements du de cujus. Pour toutes ces raisons, l'art. 591 ne peut être qualifié d'injuste envers les créanciers de cautionnement du défunt, quoiqu'il restreigne leurs droits à l'égard des héritiers.

---

[3]) Voir les exposés de Isler devant la commission des experts (Protocole, page 666) et de Gottofrey, rapporteur français de la commission, devant le Conseil National (Bulletin, page 305); voir en outre Tuor, CCS, page 361; Guhl, page 122.

[4]) Bulletin, page 305.

[5]) Voir sur la nature du cautionnement : Guhl, pages 9 et suiv.

Pour ces derniers, par contre, il présente une grande utilité, car il joue, en quelque sorte, le rôle d'une assurance partielle contre les risques d'échéance des cautionnements du défunt. On ne peut, en effet, jamais prévoir avec certitude si le débiteur principal s'acquittera de sa dette à l'échéance. Sa situation financière peut être excellente; il fera très probablement honneur à son engagement; mais, qui sait si un événement fortuit ne le forcera pas, avant l'échéance, à déposer son bilan ? Ses créanciers seront alors obligés de rechercher ses cautions. D'autre part, malgré que le débiteur soit aux prises avec de graves difficultés financières, et que la faillite le guette, cela ne signifie pas nécessairement qu'il sera déclaré en faillite. Il sera peut-être bientôt en meilleure posture, et, le moment venu, il pourra facilement acquitter sa dette, de sorte que le créancier n'aura pas à recourir à la caution. Une succession grevée de cautionnements peut donc être pour les héritiers acceptant sans autre une cause de ruine, ou, au contraire, les enrichir, suivant le sort des cautionnements [6]).

Faut-il donc agir prudemment, et répudier la succession sans égard pour la mémoire du défunt, en risquant de perdre une fortune au profit d'un héritier acceptant ? Ou convient-il d'accepter en courant le danger de se ruiner ? L'héritier a, il est vrai, la faculté de requérir la liquidation officielle; mais, si sa demande est acceptée, l'art. 597 est applicable qui prévoit la liquidation selon les règles de la faillite, puisque la succession paraît insolvable. La faillite est aussi de règle en cas de répudiation par tous les héritiers (573 [1]). Bien que la loi prévoit que le solde de la liquidation revient aux ayants droit (573 [2]), une liquidation occasionne toujours des frais considérables, et elle n'est que rarement avantageuse.

La possibilité d'accepter la succession en limitant leur responsabilité pour les cautionnements, peut donc souvent épargner aux héritiers les inconvénients d'une répudiation ou d'une réquisition de liquidation officielle. D'autre part, si par piété filiale un héritier est déterminé à accepter coûte que coûte, l'art. 591 contribue à ce que sa bonne volonté ne tourne pas trop à son détriment [7]).

---

[6]) Voir Tuor, CCS, page 360.

[7]) Voir l'exposé de Scherrer devant le Conseil des Etats (Bulletin, page 465).

La situation n'est pas la même lorsque l'art. 591 vient à être appliqué en vertu de l'art. 398 [3], quand un inventaire public est fait lors de l'entrée en fonction du tuteur. Il n'y a pas alors de succession proprement dite, et par conséquent aucun héritier à protéger. Cette procédure présente toutefois des avantages au point de vue de l'administration de la tutelle; mais, cela suffit-il pour justifier sa rigueur à l'égard des créanciers ?

§ 3. L'art. 591 C et l'institution du concordat.

Quoique au cours des débats législatifs ayant trait à la responsabilité des héritiers pour les cautionnements du défunt personne ne fit allusion au concordat, on ne peut nier la ressemblance de fond existant entre la disposition renfermée à l'art. 591 C et l'institution du concordat.

Dans les cas d'application de l'art. 591, il n'y a, en effet, pas de réalisation de l'actif successoral pour désintéresser les créanciers, et ceux-ci sont obligés de se contenter d'un dividende réduit.

Mais, c'est la loi qui contraint les créanciers à accepter le dividende, et non une décision de la majorité des créanciers. (Aussi les cocautions ne peuvent-elles pas prétendre que la diminution de responsabilité des héritiers est due au manque de diligence du créancier, et elles n'ont pas le droit de réclamer une diminution de responsabilité correspondante en vertu de l'art. 503 [1] nouveau CO.) C'est également la loi qui détermine le dividende en le déclarant équivalant à celui qui serait obtenu par liquidation selon les règles de la faillite du passif héréditaire. Une révocation ne peut intervenir, et les héritiers sont tenus solidairement sur leurs propres biens jusqu'à concurrence du dividende. Enfin, autre différence importante, aucun intermédiaire n'est malheureusement prévu entre créanciers et héritiers.

Nous sommes d'accord avec Jäger [8]) pour admettre que notre droit successoral ne permet pas aux héritiers de propo-

[8]) Note 1b ad art. 293 LP; même avis Brüstlein, dans Archiv für Schuldbetreibung und Konkurs, I/48; Paschoud, Le concordat préventif de la faillite, page 200.

ser un concordat aux créanciers de la succession. Les partis que peuvent prendre les héritiers sont énumérés limitativement dans la loi; mais cela ne signifie pas que l'adaptation de l'institution du concordat au droit successoral ne serait pas possible, ou même désirable.

Jäger écrit bien à ce sujet [9]) qu'« on ne voit pas pourquoi on éviterait la liquidation par voie de faillite prévue par le C pour les successions insolvables, du moment qu'il ne peut être question, en pareil cas, ni de sauver l'existence économique du débiteur menacé par la faillite, ni de procurer aux créanciers plus que ne peut donner la liquidation de l'actif existant ». Mais il nous semble, au contraire, que l'art. 591, qui renferme en quelque sorte un concordat primitif imposé par le système de la loi au législateur qui voulait restreindre la responsabilité des héritiers pour les cautionnements du défunt, prouve l'utilité que pourrait avoir une application des règles concordataires à la dévolution.

Les objections de Jäger seraient justifiées, si, en présence d'une succession insolvable, les héritiers ne se laissaient guider que par des considérations purement matérielles. Mais on sait que souvent la piété filiale et le sentiment de l'honneur engagent les héritiers à agir à l'encontre de leurs intérêts économiques. Ce fait fut relevé devant le Conseil des Etats lors de la discussion de l'art. 591 C [10]), et il contribua certainement à faire accepter cet article. Comme les héritiers sont portés à faire un certain sacrifice financier en acceptant une succession insolvable parce qu'ils peuvent s'assurer en partie contre les risques d'échéance des cautionnements, ils pourraient aussi offrir aux créanciers d'une succession insolvable, à condition que ces derniers ne requièrent pas la liquidation officielle (provoquant la faillite), de payer les dettes du de cujus à concurrence d'un certain pourcentage, plus élevé que celui qui résulterait d'une liquidation et proportionné aux moyens personnels des héritiers.

Il ne s'agirait pas alors de permettre à un débiteur de redresser sa situation compromise par une faillite imminente, mais bien de donner la possibilité à des héritiers, moyennant

---

[9]) Note 1b ad art. 293 LP.

[10]) Par Scherrer (voir Bulletin, page 465).

paiement d'une certaine somme d'argent, d'éviter qu'on liquide par voie de faillite la succession insolvable d'une personne décédée, à la mémoire de laquelle ils tiennent à faire honneur, ou d'empêcher que des héritiers, décidés à accepter à tout prix, ne se ruinent définitivement. Les créanciers, de leur côté, auraient tout intérêt à accepter un semblable concordat successoral plutôt que de devoir se contenter du seul produit de la liquidation. Mais une telle institution devrait être prévue dans le droit des successions qui pourrait renvoyer à certaines règles du droit concordataire.

Par ses effets, l'art. 591 C est déjà un concordat successoral. Il n'intervient cependant qu'en de strictes limites, et sa procédure est bien imparfaite et propre à susciter des conflits. Tel quel, il joue quand même un rôle utile [11]).

§ 4. L'application de l'art. 591 C.

Relevons, tout d'abord, que la question de l'application de l'art. 591 est bien simplifiée lorsque le débiteur principal, à la demande du créancier, lui fournit d'autres garanties pour remplacer le cautionnement qui a perdu de sa valeur à la suite du décès de l'obligé. Si le créancier renonce au cautionnement du défunt, les héritiers sont libérés. Gautschi [12]) signale que l'art. 591 pousse les créanciers, et spécialement les banques, à exiger du débiteur le remplacement du cautionnement d'une personne décédée dès que les sommations publiques de l'inventaire sont faites, de telle sorte qu'en règle générale de nouvelles sûretés sont produites avant que le délai pour répudier la succession soit écoulé. Ce procédé, si avantageux pour les héritiers, est en effet dans l'intérêt du créancier également; car la réquisition du bénéfice d'inventaire est souvent un indice de l'insolvabilité de la succession, et, par conséquent, d'une moins-value des cautionnements. (L'art. 584 [1] confère d'ailleurs aux créanciers le droit de consulter l'inventaire, ce qui leur permet de s'en rendre exactement compte.)

---

[11]) Nous l'avons vu au paragraphe précédent, et Gautschi l'affirme, page 339.

[12]) Page 340.

D'autre part, il se peut que le créancier estime que les autres garanties qu'il possède encore soient suffisantes pour qu'il renonce à produire son cautionnement à l'inventaire, ou du moins pour qu'il lui soit indifférent de requérir la liquidation officielle ou non. (Cependant, s'il néglige les devoirs de diligence que la loi lui impose dans l'intérêt des autres cautions, la responsabilité de ces dernières peut aussi être réduite, conformément à l'art. 503 [1] nouveau CO.)

Mais l'application éventuelle de l'art. 591 dépend avant tout des héritiers, qui, pour en profiter, doivent demander le bénéfice d'inventaire et accepter la succession. Les créanciers peuvent toutefois, sous certaines conditions, lorsque leurs droits sont en péril, requérir la liquidation officielle et contrecarrer ainsi la décision des héritiers.

Nous allons essayer de déterminer, ci-après, dans quels cas les héritiers ont intérêt à accepter la succession grevée de cautionnements en requérant le bénéfice d'inventaire, de façon que l'art. 591 soit éventuellement applicable. Puis nous rechercherons quand l'intérêt des créanciers exige qu'ils s'opposent à une semblable acceptation en requérant la liquidation officielle, et à quelles conditions cela leur est possible.

A. En ne prenant pas en considération les sentiments du successeur, qui peuvent être de nature à le faire accepter à tout prix une succession insolvable, et en ne tenant compte que de ses intérêts pécuniaires, on peut remarquer, en premier lieu, qu'une acceptation avec limitation de responsabilité, conformément à l'art. 591, n'est préférable à la répudiation ou à la demande de liquidation officielle que si la succession est solvable, abstraction faite des dettes de cautionnement. Plus la marge entre l'actif et le passif sans ces dernières dettes est grande, mieux cela vaut. Comme nous l'avons relevé (page 25), une acceptation sans risque a lieu lorsque le passif n'est formé que de dettes de cautionnement. Dès qu'il y a des dettes ordinaires, les deniers personnels de l'acceptant sont menacés dans la mesure où les cautionnements échoient pour un montant qui, additionné à celui des autres dettes, dépasse les forces de la succession.

Il n'est au reste pas très difficile, une fois l'inventaire clos, de calculer approximativement, dans chaque cas particulier, la somme que pourraient être appelés à verser les héritiers de

leur propre avoir si les choses allaient au pire pour eux, c'est-à-dire si le paiement de tous les cautionnements était réclamé. Il convient d'abord de rechercher, d'après les indications du chapitre IV, quel est le montant qu'il faudrait payer aux créanciers en vertu de cautionnements si tous ces engagements venaient à échoir. A ce montant doit s'ajouter celui des dettes ordinaires, car elles doivent être réglées en totalité par les héritiers ayant accepté la succession. Pour obtenir la somme que les héritiers devraient prélever sur leur fortune personnelle, il suffit de soustraire du total de ces dettes l'actif de la succession.

Mais pour qu'une acceptation se justifie économiquement, ce n'est pas assez que le risque soit supportable, il faut encore qu'il y ait de grandes chances pour que les cautionnements qui échoient n'atteignent pas le montant de la différence entre l'actif et le passif ordinaire (ce dernier étant, cela va de soi, plus petit que le premier). En d'autres termes, il est nécessaire que l'on ait des raisons sérieuses de croire que la solvabilité des débiteurs principaux à l'échéance permettra probablement d'éviter l'application de l'art. 591.

Devant le Conseil des Etats, on releva que la possibilité de restreindre éventuellement la responsabilité des héritiers pour les cautionnements du défunt, serait particulièrement utile aux autorités de tutelle qui ne doivent pas être obligées de compromettre la fortune du pupille en répudiant inutilement une succession grevée de cautionnement[13]). Cette remarque est pertinente; mais nous pensons que si une succession échue à un pupille est acceptée sans que les conditions mentionnées ci-dessus soient remplies, la responsabilité des organes tutélaires pourrait être engagée.

Quant aux raisons d'ordre moral ou sentimental qui portent les héritiers à accepter une succession en corrélation avec la réquisition du bénéfice d'inventaire, nous n'avons pas à les étudier ici, mais nous répétons qu'elles sont souvent déterminantes.

B. Malgré que l'art. 594 C, qui prescrit à quelles conditions les créanciers du de cujus peuvent requérir la liquidation officielle, ne mentionne pas explicitement les créanciers ensuite

[13]) Voir l'exposé du Conseiller fédéral Brenner, Bulletin, page 468; voir aussi le discours de Scherrer, Bulletin, page 465; voir, en outre, Gautschi, page 339, in fine.

de cautionnements, il y a tout lieu de croire que ces derniers sont aussi habiles à la requérir [14]). Il est vrai qu'à l'art. 582, au chapitre du bénéfice d'inventaire, ces créanciers sont nommés expressément. Mais cela provient de ce qu'ils sont soumis là à une règle particulière (art. 591). Comme ce n'est pas le cas dans le chapitre de la liquidation officielle où se trouve l'art. 594, la citation, dans cet article, des créanciers par suite de cautionnements était superflue. On ne peut admettre du reste que ces créanciers, dont les droits sont déjà réduits lorsque le bénéfice d'inventaire est demandé, soient encore privés de leurs moyens de défense à l'égard des héritiers.

La liquidation officielle a pour but d'éviter la confusion du patrimoine du défunt avec celui de l'héritier. Les créanciers ne peuvent requérir cette mesure de conséquence que pour des motifs importants. La loi exige « des raisons sérieuses de craindre qu'ils ne soient pas payés ». Pourtant, même si un créancier est certain de n'être pas entièrement payé, il ne demandera la liquidation officielle que si ses intérêts réclament que l'héritier soit dessaisi du patrimoine du défunt. Or, ce dessaisissement ne présente aucun avantage pour le créancier d'une caution décédée, lorsqu'il reçoit de ses héritiers, conformément à l'art. 591, le même montant que celui qu'il obtiendrait si une liquidation avait eu lieu. Par contre, si l'héritier à qui la succession est dévolue est endetté dans une mesure telle que la concurrence de ses créanciers personnels (564 2) empêche que le créancier successoral reçoive ce paiement partiel, l'intérêt de ce créancier commande alors qu'il fasse les démarches nécessaires pour que l'acceptation de l'héritier ne déploie pas ses effets, afin qu'il obtienne au moins sa part de liquidation [15]).

Lorsqu'un héritier a demandé le bénéfice d'inventaire et que la succession est insolvable, les créanciers du chef de cautionnements ont leurs droits beaucoup plus vite menacés que les autres par l'acceptation d'un héritier. Alors qu'ils ont la possibilité de produire leur créance en totalité quand la liquidation officielle a été obtenue (et que le passif héréditaire est

---

[14]) Même avis, Rossel et Mentha, chiffre 1106, page 201; Tuor, note 5 ad art. 594; Capitaine, page 104; Escher, note 7 ad 594.

[15]) Voir Tuor, note 2 et 3 ad 594; Capitaine, page 97; Escher, note 9 ad 594.

liquidé selon les règles de la faillite), leur production dans la faillite d'un héritier à qui la succession est dévolue, est réduite conformément à l'art. 591; ils ne peuvent alors être colloqués que pour le montant qu'ils retireraient dans la faillite successorale. Il en résulte que, dès que cet héritier n'est pas suffisamment fortuné pour combler le déficit de la succession, ces créanciers reçoivent moins que si la liquidation officielle avait eu lieu.

Les créanciers ordinaires, au contraire, sont admis à l'état de collocation pour le même montant dans l'une ou l'autre faillite. D'une manière générale, ils n'ont donc intérêt à requérir la liquidation officielle que si l'héritier est endetté dans une proportion plus forte que le défunt ne l'était; et, même dans ce cas, il est possible qu'il soit préférable pour eux que la dévolution ait lieu, parce qu'alors les créances de cautionnement du de cujus sont réduites et compensent ainsi la concurrence faite par les créanciers de l'héritier.

Voici quelques exemples destinés à faire ressortir l'intérêt spécial du créancier en vertu de cautionnements du défunt à requérir la liquidation officielle :

Soit une succession comprenant 40.000 fr. d'actifs, 30.000 fr. de dettes ordinaires et 70.000 fr. de dettes provenant de cautionnements. En cas de liquidation selon les règles de la faillite, par suite d'une réquisition de liquidation officielle, tous les créanciers recevraient un dividende de 40 %. Admettons que ce patrimoine soit dévolu, en cas de réclamation du bénéfice d'inventaire, à un héritier qui, à côté de 20.000 fr. de fortune, a des dettes pour 80.000 fr. Ses dettes personnelles ne sont donc couvertures que jusqu'à concurrence du 25 %. Néanmoins les créanciers ordinaires ont intérêt à ce que la succession passe à l'héritier, car, dans sa faillite, les créances relatives aux cautionnements ne peuvent être comptées que pour le 40 % de 70.000 fr., soit pour 28.000 fr., et le dividende serait de 43,47%. Le dividende afférent aux créances provenant de cautionnements ne se monterait donc qu'au 43,47 % des 28.000 fr. qu'il aurait atteint en cas de liquidation officielle.

Si, dans l'exemple ci-dessus, les dettes successorales ayant pour origine des cautionnements n'étaient que de 20.000 fr. au lieu de 70.000 fr., le dividende de la faillite successorale serait de 80 %. Tous les créanciers auraient alors intérêt à demander

la liquidation officielle, car après confusion des patrimoines, le dividende ne serait plus que de 47,61 %.

Supposons maintenant que, dans le premier exemple, l'héritier n'ait ni fortune ni dettes. La succession qui lui est dévolue comprenant 40.000 fr. d'actifs, 30.000 fr. de passif ordinaire, et 70.000 fr. de dettes en vertu de cautionnements (réduites à 28.000 fr. en vertu de l'art. 591), rapporterait aux créanciers, dans la faillite de cet héritier, un dividende de 68,96 %, beaucoup plus intéressant pour les créanciers ordinaires que les 40 % de la faillite successorale, mais d'autant moins pour les créanciers par suite de cautionnements qui ne pourraient produire, dans la faillite de l'héritier, que 28.000 fr. (au lieu de 70.000 fr. dans la faillite de la succession).

Comme nous l'avons relevé plus haut, ce n'est que si l'héritier peut payer toutes les dettes de la succession qu'il est indifférent aux créanciers du chef de cautionnements du défunt que la liquidation officielle soit exigée ou non. Dans notre exemple, l'héritier devrait donc posséder une fortune nette d'au moins 18.000 fr. qui, avec les 40.000 fr. hérités, lui permettrait de rembourser les 30.000 fr. de dettes ordinaires et les 28.000 fr. pour lesquels il serait tenu de par les cautionnements du défunt.

Entre créanciers ordinaires et créanciers en vertu de cautionnements du défunt, l'opposition d'intérêt à demander la liquidation officielle est évidente dans de nombreux cas. Aussi peut-on se demander si les créanciers ordinaires ne devraient pas, pour bénéficier de tout actif de l'héritier acceptant, garantir à leurs concurrents le dividende qu'ils toucheraient s'ils réclamaient la liquidation officielle, afin qu'ils ne la provoquent pas.

Les exemples ci-dessus supposent que les cautionnements échoient en totalité et qu'aucune créance ne soit privilégiée d'après le droit de faillite. Pour savoir, dans des cas spéciaux, s'il est indiqué de requérir la liquidation officielle, il convient de se baser, pour faire le calcul, sur les considérations figurant au chapitre IV.

Malgré l'échéance généralement incertaine et tardive des cautionnements, les créanciers doivent cependant observer le délai péremptoire de trois mois prévu pour requérir la liquidation officielle (594 [1]). Comme ce délai court à partir du jour

du décès pour les héritiers légaux et du jour de l'ouverture du testament à l'égard des héritiers institués[16]), les créanciers feront bien de se renseigner diligemment et de ne pas attendre l'échéance du cautionnement pour demander la liquidation officielle, s'il y a lieu.

Mais, pour que la liquidation officielle puisse être requise, il faut encore que les héritiers n'aient pas donné suite à la demande des créanciers de les désintéresser ou de leur fournir des sûretés (594 1). Les cautionnements ne devant être payés avant qu'ils soient échus, il est préférable de donner au créancier des garanties pour le montant que les héritiers devraient verser au cas où la dette deviendrait effective, compte tenu de la réduction consécutive à la procédure du bénéfice d'inventaire (ou pour un montant moindre, suivant l'importance des gages garantissant le créancier, et la solvabilité du débiteur principal). Si ce montant n'est pas déterminé ou ne l'est que provisoirement, et que les parties ne peuvent s'entendre, il appartient, faute de disposition spéciale de la loi introductive cantonale, à l'autorité compétente pour autoriser la liquidation officielle de statuer à ce sujet[17]).

---

[16]) Voir Tuor, note 22 ad 594; Capitaine, page 108; Escher, note 13 ad 594.

[17]) Voir Capitaine, page 107.

CHAPITRE III.

Les conditions de responsabilité limitée des héritiers.

§ 5. La réquisition du bénéfice d'inventaire et l'acceptation.

A. *La réquisition du bénéfice d'inventaire.* « Il est nécessaire, pour qu'une responsabilité limitée puisse intervenir (des héritiers à l'égard des cautionnements du défunt), que l'actif et le passif soient exactement fixés. C'est pourquoi la limitation de responsabilité est rattachée au bénéfice d'inventaire. » Ainsi s'exprima Huber devant la commission des experts [1]) lorsqu'elle entama la discussion au sujet de l'art. 603 de l'Avant-projet du Département fédéral de Justice et Police, de 1900.

L'institution du bénéfice d'inventaire ne sert, en effet, qu'accessoirement à restreindre les droits des créanciers du chef de cautionnements à l'égard des héritiers de la caution. Ses buts principaux sont de donner aux héritiers une idée claire de l'état de la succession, de manière à leur permettre de prendre une décision à son sujet en toute connaissance de cause (584 [1]), et, éventuellement, de limiter leur responsabilité personnelle aux dettes inventoriées de la succession (589). Il n'est donc utile qu'aux héritiers, c'est pourquoi ce sont eux qui doivent le requérir (580).

Il ne faut pas confondre cet inventaire avec ceux prévus à l'art. 553 comme mesure de sûreté. Si un semblable inventaire a été dressé et qu'un héritier désire restreindre sa responsabilité à l'endroit des cautionnements du défunt, cela ne le dispense pas de demander encore l'inventaire avec sommation

[1]) Protocole, page 665.

publique, selon les art. 580 et suiv. Nous ne sommes pas de l'avis d'Anghelovici qui écrit, page 155 : « Le législateur n'aurait pas dû hésiter à lui (l'acceptant pur et simple qui n'a pas demandé l'inventaire) étendre la disposition de l'art. 591. La condition nécessaire est un inventaire pour éviter la confusion des patrimoines, et non l'inventaire public. Par l'institution de l'inventaire au décès (art. 553), on aurait pu généraliser cette disposition équitable, et il faudrait l'étendre en tout cas à celui qui a accepté après la confection d'un inventaire dressé à titre de mesure conservatoire. » Sans nier les avantages que présenterait une semblable généralisation, nous croyons qu'un simple inventaire n'offrirait pas de garanties suffisantes parce que non précédé d'un appel public aux créanciers qui permette de les connaître tous et d'accepter la succession sans avoir à courir le risque de devoir payer des cautionnements inconnus et non forclos.

Il n'importe que celui qui requiert le bénéfice d'inventaire soit héritier légal ou institué; mais, cet héritier ne doit pas avoir perdu la faculté de répudier la succession (580 [1]). La requête doit être faite oralement ou par écrit à l'autorité compétente selon le droit cantonal, dans le délai d'un mois (580 [2]). La loi ne spécifiant pas à partir de quel moment ce délai court, il y a lieu d'appliquer, par analogie, les règles établies pour la répudiation (567 et suiv.). La requête de l'un des héritiers profite aux autres (580 [3]).

Il ne convient pas d'examiner ici toute la procédure du bénéfice d'inventaire. Une partie importante de celle-ci est d'ailleurs régie par le droit cantonal. Nous allons seulement voir quel est le sort des cautionnements du défunt dans cet inventaire, et comment ce dernier influence la responsabilité des héritiers pour ces cautionnements.

a. Les sommations publiques pour inviter les créanciers et les débiteurs du défunt à produire leurs créances et à déclarer leurs dettes dans un délai déterminé, doivent mentionner spécialement les créanciers en vertu de cautionnements (582 [1]). Si ces derniers négligent de produire en temps utile, ils ne peuvent rechercher l'héritier ni personnellement, ni sur les biens de la succession. Cependant, s'ils ont omis de produire sans leur faute, ou si leurs productions n'ont pas été portées à l'inventaire, ils peuvent rechercher l'héritier jusqu'à concurrence de son enrichissement. S'ils sont garantis par des gages sur les biens

de la succession, ils conservent néanmoins leurs droits jusqu'à concurrence de leurs garanties (590).

Les héritiers qui ont connaissance de cautionnements donnés par le défunt, doivent les signaler à l'autorité qui procède à l'inventaire (581 3). S'il résulte de registres publics ou des papiers du défunt qu'il a cautionné, ces cautionnements sont inventoriés d'office (583 1).

Nous pensons qu'il faut accorder le droit de produire les cautionnements du défunt à l'inventaire non seulement aux créanciers, mais aussi à ceux qui ont, de par ces cautionnements, un droit de recours contre les héritiers acceptants, soit en tant que coobligés, soit en tant que propriétaires de gages garantissant la créance.

Les cautionnements du défunt sont portés séparément à l'inventaire (591). Comme les héritiers n'en répondent pas de la même manière que pour les autres dettes, il serait peu rationnel qu'ils soient mêlés, dans l'inventaire, au passif ordinaire. Bien que la loi ne l'exige pas expressément, il est recommandable non seulement de mentionner le montant maximum pour lequel la caution était tenue, mais encore d'indiquer quels sont les coobligés, les acomptes versés, les gages garantissant la créance ou les cautionnements, ainsi que toutes les conventions accessoires se rapportant au cautionnement du défunt, de façon que l'on soit bien renseigné sur sa portée, et que l'on soit quitte de prendre de nouvelles informations au cas où il viendrait à échoir.

b. Parmi les autres indications devant figurer à l'inventaire, celles qui ont une particulièrement grande importance pour fixer la responsabilité des héritiers conformément à l'art. 591, ce sont les estimations des biens (581 1); car, comme nous le verrons au paragraphe 8, ces évaluations doivent suppléer, dans les calculs, aux prix de vente aux enchères que l'on obtiendrait en cas de liquidation d'après les règles de la faillite. Ces montants devraient donc représenter ce que l'on aurait vraisemblablement obtenu des actifs s'ils avaient été vendus au moment de l'ouverture de la succession 2).

Le Décret du Canton de Berne réglant le mode d'établir les inventaires publics, du 18 décembre 1911, est donc critiquable, à ce point de vue, puisqu'il prévoit, au deuxième paragra-

---

2) Voir Trott, page 252.

phe de son article 7, que le notaire chargé de la confection de l'inventaire, doit, pour les immeubles, s'en tenir à l'estimation cadastrale. On sait que cette estimation ne correspond généralement plus à la valeur marchande.

B. L'acceptation. La responsabilité limitée des héritiers pour les cautionnements du défunt n'est pas seulement subordonnée à la réquisition du bénéfice d'inventaire, qui doit fournir de la succession une image aussi exacte que possible, mais il faut encore, pour qu'une responsabilité des héritiers intervienne, que ces derniers acceptent la succession.

L'art. 591 se trouvant dans le chapitre du bénéfice d'inventaire, il est évident que le cas normal est l'acceptation bénéficiaire. Mais cet article étend expressément ses effets au cas où les héritiers acceptent purement et simplement. Ceci a une importance particulière si l'on n'admet pas que l'héritier ayant déjà pris parti avant la confection de l'inventaire puisse revenir sur sa décision [3]). Dans ce cas, l'héritier qui a déjà accepté avant que le bénéfice d'inventaire fût requis peut aussi profiter de la faveur de l'art. 591. Chavegrin (page 95), n'est pas de cet avis [4]); il veut que l'acceptation intervienne après qu'on a dressé l'inventaire précédé des sommations. Mais alors ce ne serait plus qu'une formalité à remplir, puisque cet auteur admet (page 59), qu'en vertu de l'art. 580 [3], statuant que la requête de l'un des héritiers profite aux autres, les héritiers qui n'ont pas demandé le bénéfice d'inventaire peuvent néanmoins en profiter pour revenir sur leur décision. Anghelovici est plus logique lorsqu'il écrit (pages 155 et 156) : « La question de

---

[3]) Sur ce point nous sommes de l'avis de Huber (Protocole, pages 653, 654, 658); Chavegrin, page 59; Bühlmann, Das schweizerische Zivilgesetzbuch im Kanton Bern, 1912, page 285; Kuoni, Das schweizerische Erbrecht, 1911, page 229; Escher, première édition, note 4 ad 580. Nous croyons qu'en vertu de l'art. 580 [3] tous les héritiers ont, après la clôture, le droit de faire leur choix conformément à l'art. 588, même s'ils ont déjà fait acte d'héritier auparavant. Cela ne peut nuire aux créanciers dont les intérêts sont protégés par la procédure du bénéfice d'inventaire. Avis contraires: Rossel et Mentha, ch. 1088, page 181; Gysin, op. cit., page 19; Anghelovici, page 127; Tuor, note 14 ad 580; Eisenhut, page 28; Escher, 2ème édition, note 14 ad 580.

[4]) Escher, note 7 ad 591, non plus, semble-t-il.

savoir si tout héritier, même celui qui a perdu la faculté de répudier, pourrait profiter de l'art. 591 ne peut pas se poser dans l'opinion qui étend les effets de la demande de l'inventaire à tous les héritiers; ils en profiteront nécessairement. » Mais ce dernier ne donne pas cette portée à l'art. 580 [3]; c'est pourquoi il se demande (pages 156 et 157), s'il est indifférent que l'acceptation pure et simple ait lieu avant ou après l'inventaire, et il répond par l'affirmative : « Mais l'acceptant pur et simple avant l'inventaire devient un acceptant pur et simple après l'inventaire quand celui-ci est déjà fait : et alors on ne voit pas pourquoi il ne profiterait pas de cette disposition. Il ne change pas de parti. Or, pour que l'acceptant pur et simple puisse restreindre sa responsabilité pour les cautionnements il ne faut autre chose qu'un inventaire permettant de calculer l'actif. Cette condition étant remplie, il n'y a plus de différence à faire entre les divers acceptants purs et simples. »

Pour ce qui concerne l'alternative d'accepter sous bénéfice d'inventaire ou d'accepter purement et simplement, nous sommes d'avis que le premier parti est le plus sûr, et qu'il ne servirait à rien d'accepter purement et simplement quand un inventaire a été fait. Si un héritier veut payer toutes les dettes successorales, il peut aussi le faire en acceptant sous bénéfice d'inventaire, s'il en a les moyens. Il serait vain d'accepter sans condition parce que cela permet quand même de limiter sa responsabilité à l'égard des cautionnements du défunt.

Nous avons déjà recherché, au paragraphe 4, dans quels cas il est dans l'intérêt de l'héritier qu'il accepte plutôt que de répudier ou de requérir la liquidation officielle.

§ 6. Les cautionnements pour lesquels la responsabilité des héritiers est allégée.

Pour qu'on puisse parler de responsabilité en vertu de cautionnements (note marginale de l'art. 591), il est évident que parmi le passif successoral doivent se trouver des dettes de cautionnements du défunt. Celles-ci ne doivent pas être déjà échues au moment où s'ouvre la succession [5]), parce que la responsa-

[5]) Même avis : Escher, note 3 ad 591.

bilité de la caution est entière de son vivant. Un cautionnement échu avant le décès, et dont l'acquittement a déjà été requis de la caution, est donc à considérer comme une dette ordinaire; les héritiers acceptants en sont tenus entièrement et solidairement.

Ce que l'on entend par cautionnements est déterminé par le CO aux art. 492 et suivants. La revision de 1941 a surtout atténué leurs effets à l'égard de la caution, mais elle n'en a pas modifié la nature; aussi n'y a-t-il pas lieu de faire ici une distinction spéciale entre l'ancien et le nouveau droit de cautionnement.

L'art. 591 C concerne donc les différentes variétés de cautionnements simples, en particulier les cas où la caution ne s'est engagée qu'à rembourser au créancier le montant de sa perte (Schadlosbürgschaft), ou s'est engagée à titre de certificateur de caution, ou d'arrière-caution (Nachbürgschaft, Rückbürgschaft)[6].

Devant le Conseil des Etats, une proposition Hildebrand voulant limiter l'application de l'art. 591 aux cautionnements simples[7], fut repoussée, après que Scherrer eût fait remarquer que si cet article devait être corrigé de cette façon, on pouvait tout aussi bien le biffer, car la plupart des cautionnements sont solidaires[8]. L'article 591 s'applique donc aussi aux cautionnements solidaires[6]. Il est en outre sans importance qu'à côté de la caution simple ou solidaire d'autres personnes aient aussi garanti conjointement ou indépendamment le paiement du débiteur au créancier[9]. Il n'est pas nécessaire, non plus, que le cautionnement soit échu avant que l'héritier accepte la succession[10].

La question la plus débattue par la doctrine au sujet de l'art. 591, est celle de savoir s'il a aussi trait au cautionnement

---

[6]) Même avis : Rossel et Mentha, chiffre 1101, page 195; Angelovici, page 157; Tuor, note 8 ad 591; Eisenhut, page 60; Escher, note 5 ad 591.

[7]) Bulletin, page 468.

[8]) Bulletin, page 469.

[9]) Dans ce sens : Tuor, note 10, Escher, note 11 ad 591; Gautschi page 339

[10]) Dans ce sens : Huber, Protocole, page 670; Isler, Protocole, page 710; Tuor, note 8 ad 591; Gautschi, page 339; Escher, note 11 ad 591.

d'officiers publics et d'employés. Les experts avaient déjà fait des suppositions contradictoires. Fehr [11]) pensait que ce cautionnement devait avoir le même sort que les autres. Honegger [12]), par contre, approuvé ensuite par Schmid et Laur, était d'avis qu'il ne fallait pas prendre en considération ces engagements garantissant une dette principale non encore existante, malgré qu'ils constituent une obligation conditionnelle, sans quoi on obtiendrait une image fausse de la succession.

Tuor relève avec raison [13]) à propos de cette dernière remarque, que là ne réside pas la difficulté du problème. L'incertitude n'est-elle pas de la nature même de tous les cautionnements non échus ? Pour lui, aucun doute n'est possible quant à l'application de l'art. 591 lorsque le droit de réclamer des dommages-intérêts au fonctionnaire a déjà pris naissance avant le décès de la caution. Les prétentions qui surgiraient postérieurement au décès contre le fonctionnaire n'engendreraient, en revanche, pas une dette de cautionnement du de cujus, mais directement de l'héritier, de sorte que, sous ce rapport, il n'y aurait pas du tout de succession, et, si l'on voulait être strict, l'art. 591 ne pourrait entrer en considération. Gautschi (et nous l'approuvons) écrit [14]) qu'il ne peut partager cette manière de voir, car l'héritier n'est pourtant pas obligé de son propre fait, mais bien en tant que successeur du défunt. Tuor fait d'ailleurs allusion à la ratio legis, et il semble qu'il admette plus loin [15]) que l'art. 591 s'applique aussi au cautionnement d'officiers publics et au cautionnement de dettes futures n'ayant pas encore pris naissance à l'ouverture de la succession.

Escher, qui dans sa première édition était négatif à ce sujet [16]), change d'avis dans sa deuxième édition [17]). Voici les considérations qu'il émet : « En réalité, il n'existe pas, dans ce cas, comme dans les cautionnements ordinaires, une dette de cautionnement du de cujus, mais plutôt une obligation de laquelle il peut résulter une dette de cautionnement, si, par la suite, dans

---

[11]) Protocole, page 668.
[12]) Protocole, page 669.
[13]) Note 9 ad 591.
[14]) Page 340.
[15]) Note 11 ad 591.
[16]) Note 2 ad 591.
[17]) Note 6 ad 591.

l'exercice de ses fonctions, l'employé engage sa responsabilité. Cela ne survient-il qu'après l'ouverture de la succession, non seulement l'engagement de cautionnement n'est alors pas échu, mais il n'a pas même pris naissance. L'application de l'art. 591 devrait donc être exclue dans ce cas, puisque la dette de cautionnement que ce texte présuppose n'existe pas encore, parce qu'il n'y a pas encore de dette principale. Pour des raisons d'équité, il convient toutefois d'appliquer l'art. 591 par analogie. S'il est vrai qu'à l'ouverture de la succession on n'est pas encore en présence d'une dette de cautionnement proprement dite, l'engagement du défunt existant peut néanmoins, pour des causes indépendantes de la volonté de l'obligé, donner, plus tard, naissance à une dette de cautionnement. Cet engagement, comme toutes les obligations, passe aussi aux héritiers, et il est possible qu'il en résulte ensuite pour eux une dette de cautionnement. La ratio legis demande donc à n'en pas douter que l'on applique le principe de l'art. 591. »

Cette argumentation ressemble à celle de Tuor, en ce sens qu'elle admet qu'une interprétation logique et rigoureuse de la loi s'opposerait à une application de l'art. 591 aux cautionnements d'officiers publics lorsque la dette n'existe pas encore à l'ouverture, mais que la nature de ce cautionnement exige cependant tout particulièrement que la responsabilité des héritiers soit ménagée.

Rossel et Mentha [18]), après avoir rapporté l'opinion négative d'Escher dans sa première édition, se bornent à poser la question : « Mais cette solution n'est-elle pas exclue par le texte même de la loi ? »

En effet, le CO (ancien aussi bien que nouveau), sans trop préciser ce qu'il faut entendre par cautionnement d'officiers publics et d'employés, reconnaît cependant ce cautionnement, puisqu'il le soumet à certaines règles dans son titre relatif au cautionnement. Ne convient-il pas, dès lors, de décider que par ce fait même ce cautionnement tombe sous le coup de l'art. 591 C ? Oui, répondent Tuor et Escher, s'il existe déjà une obligation principale à l'ouverture de la succession; mais, si ce n'est pas le cas, il n'y a pas, à ce moment-là, de dette de cautionnement du défunt. Nous ne sommes pas de l'avis de ces commentateurs, car la loi parle de cautionnement d'officiers publics lors même que la dette principale peut très bien n'avoir pas encore pris

[18]) Chiffre 1101, page 195, note 2.

naissance [19]). De plus, le droit de cautionnement prévoit expressément qu'une obligation future peut être cautionnée pour l'éventualité où elle sortirait effet [20]). Si néanmoins le CO stipule, d'autre part, qu'un cautionnement ne peut exister que sur une obligation valable [21]), cela signifie donc simplement qu'il suffit que cette obligation, si elle n'existe pas encore, naisse par la suite. Mais, comme on ne sait pas toujours si cela se produira, force est de considérer l'engagement qui garantit le paiement éventuel de la dette au créancier comme un cautionnement, jusqu'à preuve du contraire, c'est-à-dire jusqu'au moment où une libération intervient sans qu'une dette principale ait vu le jour. Toute la différence avec un cautionnement ordinaire est qu'alors on ne pourra pas parler strictement de la « fin du cautionnement », car il s'agira seulement de la fin d'une présomption de cautionnement, ce qui, pratiquement, revient au même. Si, en revanche, une obligation principale naît, on aura toujours été en présence d'un cautionnement proprement dit.

Guhl relève, à ce propos [22]), que pour savoir si une dette principale existe, ce n'est pas le moment où le contrat de cautionnement est conclu entre la caution et le créancier qui est déterminant, mais seulement celui où le créancier recherche la caution.

Si donc les cautionnements d'officiers publics et d'employés, comme d'ailleurs tous les cautionnements de dettes futures ou conditionnelles, sont à assimiler, de par la loi, à des cautionnements ordinaires, pour ce qui concerne leur existence et leur validité, il n'est pas nécessaire d'avoir recours à la ratio legis pour affirmer que ces cautionnements tombent sous le coup de l'art. 591 [23]).

On peut se demander si les héritiers bénéficient aussi d'un allégement à leur responsabilité pour les contrats de garantie qui sont soumis au droit de cautionnement : garantie de l'exécution d'un contrat qui par suite d'erreur ou d'incapacité n'engage pas le débiteur, quand ce dernier se prévaut du vice de consentement ou de son incapacité (ancien CO : 494 [3]; nouveau

---

[19]) Ancien droit : 504 CO; nouveau droit : 510[1] et 512 CO.

[20]) Ancien droit : 494[2] CO; nouveau droit : 492[2] CO.

[21]) Ancien droit : 494[1] CO; nouveau droit : 492[2] CO.

[22]) Page 36.

[23]) Voir aussi pages 51 et suiv.

CO : 492 3); garantie de l'exécution d'une dette prescrite pour le débiteur, lorsque ce dernier invoque la prescription (492 3 nouveau CO) [24]). Nous le pensons, car, outre que ces engagements sont régis par le droit de cautionnement, leur nature rend l'application de l'art. 591 tout spécialement désirable.

Par contre, la ratio legis exige que cet article ne soit pas appliqué lorsque la caution s'est engagée en échange d'une prestation [25]).

La loi du 1er octobre 1925 sur les douanes décrète à son art. 68 3 que les rapports entre la Confédération et la caution, pour le cautionnement de droit public qu'elle prévoit à ses art. 67 et suivants, sont régis par cette loi. Comme l'art. 70 3 rend les héritiers responsables de ce cautionnement du défunt, il faut en déduire qu'il ne leur est pas possible de limiter leur responsabilité pour ce cautionnement en réclamant le bénéfice d'inventaire.

Une interprétation extensive de l'art. 591, et son application à des actes juridiques voisins du cautionnement, serait peut-être souhaitable pour des raisons d'équité, mais il ne faut pas oublier que cet article a un caractère d'exception, et qu'il ne peut donc être appliqué par analogie. Une telle extension de validité se heurterait aussi à des difficultés [26]).

L'art. 591 est donc inapplicable lorsque le de cujus a donné un aval, puisque, malgré sa dénomination allemande, (Wechselbürgschaft), l'aval n'est pas un cautionnement [27]). Celui qui le donne est tenu de la même manière que celui dont il s'est porté garant, et son engagement est valable lors même que l'obligation qu'il a garantie serait nulle pour toute autre cause qu'un vice de forme (CO 1022 1, 2).

L'application est de même exclue [28]) quand le défunt était porte-fort (CO 111), codébiteur solidaire (CO 143 et suiv.),

---

[24]) Voir Guhl, page 31 et suiv.; Giovanoli, notes 80 et 81 ad 492 CO.

[25]) Dans ce sens, Gottofrey et Huber, Protocole, page 669; Anghelovici, page 158.

[26]) Voir Escher, note 5 ad 591.

[27]) Il est régi par les art. 1020 à 1022 CO. Même avis Tuor, note 8 ad 591; Eisenhut, page 60; Escher, note 5 ad 591. Voir aussi Guhl, page 35; Giovanoli, note 16 ad 492 CO.

[28]) Voir Tuor, note 8 ad 591; Eisenhut, page 60; Escher, note 5 ad 591.

lorsqu'il avait repris la dette du défunt (CO 175), garanti la solvabilité du débiteur cédé (CO 171) [29]), qu'il était, en tant que commissionnaire, garant de l'exécution des obligations incombant à ceux avec lesquels il avait traité (CO 430), qu'il avait donné un ordre de crédit (CO 408), ou constitué un gage en faveur du débiteur (C 793 à 906).

Gautschi [30]), tout en reconnaissant que ce serait un peu faire violence à la loi, voudrait que, dans la plupart des cas analogues au cautionnement, on fît bénéficier les héritiers d'une responsabilité restreinte au dividende de faillite. Outre certains engagements mentionnés ci-dessus, il cite encore les cas de responsabilité de membre d'une société en nom collectif, en commandite et coopérative. Il faut indubitablement admettre avec Escher [31]) qu'une telle interprétation n'est pas admissible.

---

[29]) Avis contraire : un jugement de Bâle-Ville de 1918, publié dans RSJ 16/176.

[30]) Pages 340 et 341.

[31]) Note 5 ad 591.

CHAPITRE IV.

Le calcul du dividende échéant aux créanciers de la succession en vertu de cautionnements du défunt.

Ce dividende est celui « qui serait échu aux cautionnements en cas de liquidation du passif héréditaire selon les règles de la faillite »; (C 591 in fine). Sa détermination offre des difficultés parce que précisément cette liquidation n'est pas effectuée. On ne sait pas même quel passif aurait été admis à l'état de collocation, puisque cela dépend, dans une certaine mesure, de la volonté des créanciers. A combien plus forte raison ignore-t-on quel aurait été le produit de l'actif dont on aurait pu disposer pour acquitter les dettes, puisqu'il est obtenu pour ainsi dire uniquement par les enchères faites à la vente publique.

Le dividende de faillite est donc bien hypothétique, et son évaluation ne peut être qu'une approximation. Les créanciers ayant à ce sujet des intérêts opposés à ceux des héritiers, il importe, à l'effet d'éviter trop d'incertitude, source de procès, de fixer, pour ce calcul, des règles impartiales, sans toutefois perdre de vue que, pour les créanciers, ce dividende fictif doit effectivement remplacer un dividende de faillite qu'ils auraient pu obtenir en demandant la liquidation officielle. Il faut donc prendre en considération toutes les dispositions de la LP concernant la liquidation de la faillite qui pourraient avoir une influence sur ce qui reviendrait aux créanciers du chef de cautionnements.

§ 7. L'état de collocation fictif.

Le droit de faillite, qui détermine, lors de la liquidation d'une succession insolvable, à qui, et dans quelle mesure, revient

le produit des biens du patrimoine (LP 193), prévoit l'établissement, par l'administration, d'une sorte de tableau récapitulatif dans lequel sont colloquées, par classes, les créances paraissant satisfaire aux conditions de la loi. Ce tableau, l'état de collocation (LP 247 et suiv.), indique les créances qui ont été écartées et les motifs de cette mesure. Il est déposé à l'office où les créanciers peuvent le consulter. Ceux-ci ont la faculté de l'attaquer dans les 10 jours de la publication du dépôt, s'ils estiment que leur créance ou celle d'un tiers n'occupe pas le rang auquel elle a droit. Cette procédure permet d'obtenir, après que les rectifications s'étant avérées justifiées ont été opérées, une excellente base pour le calcul de la part compétente de chaque créancier successoral.

Mais lorsque la faillite n'a pas été déclarée, et que seuls les créanciers de cautionnements sont remboursés comme si elle avait eu lieu, les autres créanciers n'ont aucun intérêt à faire reconnaître que, dans une faillite, ils auraient eu le droit de produire telle ou telle créance, privilégiée ou non. On ne peut donc raisonnablement pas exiger d'eux qu'ils contribuent à fixer le rang qui leur reviendrait, pour la simple raison que cela faciliterait le calcul de ce qui est dû en vertu des cautionnements du défunt. Le concours des autorités de faillite est de même exclu, étant donné qu'il n'y a pas de faillite. Et pourtant il est nécessaire de constater quels seraient les créances et les privilèges qui auraient été admis en cas de faillite, puisque cela influence l'attribution aux créanciers par suite de cautionnements. Ces derniers étant, avec les héritiers, les seuls intéressés à cette discrimination, il appartient donc à eux de s'entendre au sujet de l'élaboration de ce que nous appellerons l'état de collocation fictif. La loi ne désigne, en effet, aucune autorité qui aurait à s'en charger.

L'état de collocation fictif comprendra donc une liste de tous les créanciers de la succession qui auraient été admis à produire en cas de faillite (y compris les créanciers de cautionnement), avec indication du montant et éventuellement du privilège de leurs créances[1]). La collocation doit avoir lieu sur la base de l'inventaire fait en conformité des art. 581 et suiv. du C. Si les héritiers ont accepté sous bénéfice d'inventaire, seules

[1]) Dans ce sens, Gautschi, page 338; Tuor, notes 15 et 18 ad 591; Jugement bernois, page 732; Jugement de Bâle-Campagne, page 174.

les créances portées à l'inventaire seront reprises dans l'état de collocation, et pour un montant ne dépassant pas celui inventorié. Par contre, lorsque les héritiers ont accepté purement et simplement, toutes les créances pour lesquelles les héritiers sont tenus (donc aussi celles qui n'ont pas été produites à l'inventaire), doivent être inscrites à l'état de collocation fictif [2]).

1. Lorsqu'un créancier paraît figurer à tort dans l'inventaire, ou y est indiqué pour un montant trop élevé, faut-il, pour éviter toute controverse, s'en tenir néanmoins à l'inventaire ? Nous ne le croyons pas [3]) ; les créanciers en vertu de cautionnements peuvent s'opposer à ce qu'une somme non due figure dans l'état de collocation fictif, non seulement parce que d'éventuelles manœuvres frauduleuses des héritiers peuvent être ainsi empêchées, mais aussi parce que les prétentions des créanciers devront être en tout cas déterminées, puisque les héritiers sont devenus, par acceptation, leurs débiteurs personnels, et qu'ils ont tout intérêt à faire établir qu'ils ne sont, en réalité, pas tenus pour la somme figurant d'une manière injustifiée à l'inventaire. Un éclaircissement de la situation des créanciers devant intervenir à plus ou moins bref délai, nous ne voyons pas pourquoi les créanciers du chef de cautionnements n'en pourraient pas bénéficier. En cas de faillite, ces derniers auraient non seulement la possibilité de contester les créances produites, ce que nous leur reconnaissons ici à l'égard des héritiers, mais encore de bénéficier, jusqu'à concurrence de leur réclamation, y compris les frais de procès, de la plus-value résultant d'un éventuel gain de cause (LP 250). Cette dernière faveur ne doit pas leur revenir ici, vu la situation spéciale des héritiers acceptants qui méritent de profiter d'un allégement de passif avant les créanciers. Les productions des créanciers à l'inventaire ne sont d'ailleurs pas tout à fait comparables à celles faites en cas de faillite. Elles sont avant tout destinées à éviter la forclusion, et non à provoquer un règlement de compte immédiat.

2. Les créances exécutoires en nature ne donnant lieu à aucun paiement, et dont il ne figure qu'une estimation à l'inventaire, doivent, par contre, être portées dans l'état de collocation

---

[2]) Voir exception pour les cautionnements, page 52 et suiv.

[3]) Dans ce sens, Gautschi, page 339; avis contraire, Jugement argovien, page 117; Jugement de Bâle-Campagne, page 173.

fictif pour le montant inventorié. Les intéressés ne doivent pouvoir discuter ce montant que s'il est évidemment erroné. Une simple contestation d'estimation ne doit pas être prise en considération par le juge, car toutes les estimations sont plus ou moins contestables [4]).

3. Concernant le montant des créances à admettre dans l'état de collocation fictif, il y a lieu de tenir compte des art. 208 et 209 de la LP et de calculer la valeur des différentes créances au jour non pas de l'ouverture de la faillite, mais de l'ouverture de la succession, par analogie avec l'art. 589 [2] C [5]). L'intérêt courant jusqu'au jour de l'ouverture et les frais sont donc à ajouter au capital, tandis que les créances non échues qui ne portent pas intérêt doivent être réduites de l'escompte au taux de 5 %.

4. Pour établir l'état de collocation fictif il faut présumer que les créanciers auraient sauvegardé leurs droits au mieux. Une créance subordonnée à une condition suspensive ou à un terme incertain (LP 210), doit donc, au moins provisoirement, être inscrite [6]). Il en est de même pour tous les cautionnements du défunt (LP 215), pour autant qu'ils soient valables [7]).

Nous ne sommes pas d'accord avec Jäger [8]), lorsque, se basant sur le texte allemand de l'art. 215 [1] LP : « On peut faire valoir dans la faillite les créances résultant de cautionnements du failli même lorsqu'elles ne sont pas échues », il en déduit qu'on ne peut intervenir dans une faillite lorsque la dette cautionnée n'existe pas encore au moment de l'ouverture. A ce moment-là, s'il n'y a pas encore de dette proprement dite (quand, dans le cautionnement d'officier public, ce dernier n'a pas encore commis un acte engageant sa responsabilité), une obligation de la caution existe quand même de garantir le paiement d'une créance qui peut naître par la suite. Cette obligation est

---

[4]) Voir à ce sujet pages 62 et suiv.

[5]) Dans ce sens, Trott, page 252; Tuor, note 15 ad 591; le Jugement de Bâle-Campagne se prononce pour le moment de l'acceptation de la succession.

[6]) Voir page 71.

[7]) Voir paragraphe 6.

[8]) Note 3 ad art. 215 LP; voir aussi les explications données par Rothmann dans RSJ 33/168; Widmer, page 109.

reconnue valable par la loi en tant que cautionnement, puisqu'elle contient des dispositions ayant trait au cautionnement d'officiers publics et d'employés, et qu'elle spécifie même qu'«une obligation future ou conditionnelle peut être garantie pour l'éventualité où elle sortirait effet» (CO 492 2, anciennement 494 2). N'en pas tenir compte dans la faillite aboutirait à nier cette reconnaisance légale. Le texte français de l'art. 215 LP : « Les cautionnements du failli sont admis au passif, encore que la dette ne soit pas échue », se prête d'ailleurs encore moins que le texte allemand à l'interprétation combattue, puisqu'il parle directement de « cautionnements », et non de « créances résultant de cautionnements » [9]). Il convient donc de colloquer tous les cautionnements du défunt, y compris ceux garantissant des créances non encore existantes, sans quoi il faudrait déclarer que les héritiers ayant requis le bénéfice d'inventaire ne répondent pas de ces derniers, puisqu'ils n'obtiendraient, d'après l'avis discuté, aucun dividende dans une liquidation selon les règles de la faillite [10]).

Pour quel montant faut-il porter les cautionnements à l'état de collocation fictif ?

a. Quand la dette cautionnée est encore entière, c'est la somme maximum pour laquelle la caution serait tenue, si elle vivait encore, qui doit se trouver dans l'état de collocation (en tenant compte des remarques faites pour les autres créances, et en particulier au sujet des art. 208 et 209 LP [11]). Cette somme ne doit pas être fractionnée si, avec le défunt, plusieurs personnes ont garanti la même dette [12]). Il serait injuste que la diminution de responsabilité des héritiers aboutît à charger outre mesure les autres cautions. Jäger relève aussi que « lorsqu'à côté du failli il y a d'autres cautions qui répondent avec lui d'une

---

[9]) Blumenstein admet d'ailleurs sans autre que les cautionnements d'officiers publics et d'employés peuvent être produits dans une faillite comme les autres cautionnements (page 661, note 28).

[10]) Voir pages 42 et suiv. où cette question est traitée avec plus de détails.

[11]) Voir Tuor, note 20 ad 591.

[12]) Si 4 personnes ont garanti le paiement d'une dette de 1000 fr., il ne faut donc pas porter 250 fr. à l'état de collocation, mais bien 1000 fr.; dans ce sens, Gautschi, page 339; Jugement argovien, page 117; Jugement de Bâle-Campagne, page 174.

même dette divisible, le créancier peut, dans tous les cas, intervenir pour la dette entière, même s'il n'y a pas solidarité des cautions entre elles ou vis-à-vis du créancier; le failli est en effet obligé comme certificateur de caution pour les parts des autres, et l'engagement qu'il a de ce chef peut être liquidé dans la faillite comme une créance conditionnelle »[13]).

b. L'équité exige, de même, que quand un coobligé a déjà versé un acompte il n'en résulte pas pour lui une augmentation de responsabilité. Il ne faut donc pas déduire son versement du montant à colloquer. Widmer[14]) admet avec raison, croyons-nous, que le débiteur et les cautions (simples ou solidaires), sont des coobligés au sens de l'art. 217 LP, et qu'il n'y a pas plus de déduction à faire lorsque c'est le débiteur principal qui a partiellement remboursé le créancier que lorsque c'est une caution.

Le créancier ne peut naturellement pas obtenir de cette manière plus que ce que le débiteur lui doit. Le dividende dépassant ce qui est dú au créancier ne doit donc pas lui être remis. Cette somme doit servir, comme dans la faillite, à verser aux coobligés le dividende afférent à leur droit de recours, et, pour le surplus, revenir aux héritiers et contribuer (en étant déduite du montant colloqué pour le cautionnement en question), à augmenter le dividende des cautionnements qui pourraient encore exister[15]). Mais si le cautionnement s'est éteint après l'ouverture de la succession par le fait du débiteur, il ne doit plus être colloqué.

c. Si c'est un coobligé qui a libéré le débiteur, seul le montant jusqu'à concurrence duquel ce coobligé a un droit de recours à l'égard des héritiers, doit être admis à l'état de collocation fictif[16]). De même, lorsque le créancier a été remboursé par plusieurs coobligés, chaque coobligé peut faire valoir son droit de recours vis-à-vis des héritiers, et toucher le dividende correspondant. Ce droit de recours est constitué par la part afférente aux héritiers de la caution décédée du montant payé par le coobligé au delà de sa part personnelle[16]).

---

[13]) Note 2 ad art. 215 LP; même avis, Blumenstein, page 663, Widmer, page 118.

[14]) Pages 110 et suiv.

[15]) Voir RJB 43/507; Jäger, notes 14 et 15 ad art. 217 LP; Widmer, pages 123 et suiv.; ATF 54 III 299.

[16]) Voir Jäger, note 3 ad art. 217 LP; Widmer, pages 98 et suiv.

d. Le propriétaire d'un gage garantissant la créance cautionnée qui a un recours contre la caution, doit être inscrit à l'état de collocation fictif en lieu et place du créancier, jusqu'à concurrence du montant pour lequel il a été légalement subrogé aux droits de ce dernier. C'est ce qui ressort de l'art. 61 de l'ordonnance sur l'administration des offices de faillite du 13 VII 1911.

e. Il est évident, enfin, que si la caution a, de son vivant, remboursé une partie de la dette avant son échéance, le créancier doit déduire de sa production ce montant remboursé par anticipation [17]). Sont à assimiler à des paiements faits par la caution ceux effectués par des tiers qui ne sont pas des coobligés [18]).

5. La sauvegarde des droits des créanciers dans une faillite exigerait qu'ils se prévalussent de la compensation, en conformité de l'art. 213 LP. Nous sommes d'avis que l'état de collocation fictif doit tenir compte de cette faculté de compenser en cas de faillite, sans qu'il soit nécessaire que la compensation ait effectivement lieu, car elle constitue un privilège des créanciers qui leur permet de retirer pour leur créance plus que le dividende proportionné à l'actif, ce qui a pour effet de diminuer la part revenant aux autres créanciers.

Lorsqu'il ressort de l'inventaire successoral qu'un créancier est aussi débiteur envers la succession, sa créance et celle de la succession doivent donc être considérées, dans l'état de collocation fictif, comme éteintes jusqu'à concurrence de la plus faible.

Etant donné les abus qui pourraient se produire, certaines compensations sont exclues par le droit de faillite. La compensation n'a pas lieu (LP 213 2) : 1. Lorsque le débiteur du failli est devenu son créancier postérieurement à l'ouverture de la faillite. 2. Lorsque le créancier du failli est devenu son débiteur ou celui de la masse postérieurement à l'ouverture de la faillite. 3. Lorsque la réclamation du créancier repose sur un titre au porteur.

Il est juste que ces dispositions soient également applicables ici, si nous admettons qu'il faut tenir compte des possibili-

---

[17]) Dans ce sens, Widmer, page 109.

[18]) Voir Jäger, note 2 ad art. 217 LP; Götzinger, Zum Art. 217 des eidgenössischen Betreibungs- und Konkursgesetzes, Zeitschrift für schweizerisches Recht, vol. 16 NF, page 39.

tés de compenser dans l'établissement de l'état de collocation fictif. Sous les chiffres 1. et 2. ci-dessus, le failli et l'ouverture de la faillite doivent donc être remplacés respectivement par la succession et l'ouverture de la succession.

La compensation peut être contestée, dit encore l'art. 214 LP, lorsque le débiteur du failli a acquis, avant l'ouverture de la faillite, mais en ayant connaissance de l'insolvabilité de son créancier, une créance contre lui, en vue de se procurer ou de procurer à un tiers, au moyen de la compensation, un avantage au préjudice de la masse.

Il n'est pas exclu que de semblables manœuvres aient été entreprises avant le décès d'un insolvable. Le créancier sur la base de cautionnement aurait alors avantage à ce que l'on reconnût, dans l'état de collocation fictif, en n'y opérant pas de compensation, que celle-ci serait contestable en cas de faillite. Mais il faudrait, pour cela, que le juge constatât ces manœuvres déloyales sans que cela eût aucun effet pour leurs auteurs, et dans le seul but de permettre au créancier en vertu de cautionnement de modifier une base de calcul de son dividende. Il ne convient donc guère que l'on autorise une telle action pour obtenir un résultat aussi disproportionné.

6. Si les créanciers doivent manifester eux-mêmes leur volonté de compenser dans la faillite, et qu'il importe néanmoins de prendre en considération cette possibilité lors de l'élaboration de l'état de collocation fictif, à plus forte raison convient-il d'y tenir compte des privilèges des créanciers que l'administration doit sauvegarder d'office lorsque la faillite a lieu.

L'administration doit dresser l'état de collocation conformément à l'art. 219 LP, précise l'art. 247 LP. L'état de collocation fictif doit donc également s'inspirer de cet art. 219 LP[19]). Celui-ci indique tout d'abord comment on doit tenir compte, dans la faillite, des gages garantissant les créanciers. Les créanciers garantis par gages, statue son premier paragraphe, sont colloqués par préférence sur le produit des gages. Il en résulte pour eux un avantage semblable à celui qu'ils peuvent tirer de la compensation. Mais, dans le cas qui nous intéresse, une réali-

---

[19]) Même avis, Tuor, note 18 ad 591; Gautschi, page 338; Jugement bernois, page 732; Jugement de Bâle-Campagne, page 174, Escher, note 10 ad 591.

sation de gages n'a lieu que lorsque les créanciers ne sont pas payés par les héritiers et qu'ils intentent une poursuite en réalisation de gages. C'est pourquoi, tant qu'une telle réalisation forcée n'a pas lieu, qui permette de remplacer créance et gage par un reliquat actif ou passif, il convient de tabler sur une estimation du gage. Cette estimation doit être celle figurant à l'inventaire successoral, pour éviter d'inutiles contestations. Comme nous l'avons déjà vu pour les créances exécutoires en nature (page 51), l'estimation doit être manifestement erronée pour que le juge puisse la modifier.

En conséquence, on indiquera, dans l'état de collocation fictif, que telle créance garantie par gages est réputée couverte dans telle ou telle proportion, selon l'estimation des gages, et l'on ne portera dans cet état que la somme jugée non couverte par les gages. Il faut, bien entendu, pour qu'une telle déduction puisse être opérée, que les gages aient été constitués par le défunt au moyen de biens dont il était propriétaire [20]). Si les gages ont été constitués par des tiers, il résulte de l'art. 198 LP qu'ils ne doivent pas être tenus à disposition de l'office si la faillite est déclarée, puisqu'ils ne sont pas des biens du débiteur.

Lorsqu'une créance envers la succession est garantie par un cautionnement, nous pensons qu'on ne peut considérer cette créance comme privilégiée et admettre qu'elle est couverte dans une certaine mesure par le cautionnement, puisque le créancier a quand même le droit de faire valoir sa créance en entier, que le cautionnement est fourni par une tierce personne et qu'il ne constitue pas un actif de la succession.

Le deuxième paragraphe de l'art. 219 LP, pas plus que le troisième, n'entrent en considération ici, vu qu'ils n'influencent pas l'attribution de dividende aux cautionnements.

7. En revanche, le 4ème paragraphe de l'art. 219 LP indique l'ordre suivant lequel sont colloquées les créances non garanties, ainsi que celles qui ne sont pas couvertes par le gage. Etant donné l'importance spéciale de la compensation pour l'établissement de l'état de collocation fictif, importance provenant de ce que, dans la faillite, son invocation est de la compétence exclusive des créanciers, le 4ème paragraphe de l'art. 219 LP doit être complété, pour ce qui concerne le calcul du

---

[20]) Voir Jäger, note 2 ad art. 219 LP.

dividende fictif, comme suit : Les créances non garanties ou non compensables, le montant non réputé couvert par le gage des créances garanties, ainsi que le montant non considéré comme compensable des créances compensables, sont colloqués dans l'ordre suivant... (suit l'énumération de 5 classes de créances dont les 4 premières sont privilégiées).

Alors qu'il ne peut être question, dans la faillite, d'une fixation du chiffre du découvert, puisque l'établissement de l'état de collocation précède la réalisation des gages, cette indication des montants non couverts peut très bien être faite ici, car la valeur estimatoire des gages, qui remplace la valeur d'adjudication, est connue dès la clôture de l'inventaire. Un état de collocation fictif sans indications numériques à chaque article n'aurait d'ailleurs pas d'utilité, car il ne doit pas seulement servir à déterminer les créances privilégiées, mais aussi le dividende qui revient aux cautionnements. Celui-ci ne peut être calculé que si les privilèges des créanciers sont non seulement reconnus comme tels, mais encore évalués.

8. Nous n'allons pas indiquer ici toutes les créances à inscrire comme privilégiées, en vertu de l'art. 219 LP, dans l'état de collocation fictif; ce sont les mêmes qu'en cas de faillite. (Relevons seulement que la collocation dans l'une ou l'autre des 4 classes privilégiées est indifférente, parce que tous les cautionnements ne peuvent être colloqués qu'en 5ème classe, avec les autres créances non privilégiées. La qualité de libéralité éventuelle du cautionnement est, en effet, tout autre qu'un motif pour un traitement de faveur dans la faillite.)

Ainsi que nous l'avons déjà dit au sujet de la compensation, c'est l'examen des données fournies par le créancier à l'appui de sa production à l'inventaire qui doit permettre de déceler l'existence des privilèges dont bénéficieraient les créances ordinaires. Des renseignements complémentaires peuvent aussi être requis du créancier, dans le but d'écarter certains doutes sur la nature de la créance. Si une controverse surgit entre héritiers et créanciers en vertu de cautionnements sur la question juridique de l'appartenance à la catégorie des créances privilégiées, il semble qu'on devrait admettre le principe que, lorsque la qualité de créance privilégiée n'est pas évidente, une collocation dans l'une des 4 premières classes ne peut intervenir; et cela pour des raisons analogues à celles qui nous ont engagé à nier la pos-

sibilité d'une contestation de compensation dans le cas de l'art. 214 LP. Le risque que comporte pour les héritiers la méconnaissance éventuelle d'un privilège, dans le calcul de leur dividende, serait ainsi plus ou moins compensé par le risque que courent les créanciers du chef de cautionnements de devoir admettre, dans ce calcul, une compensation qu'ils pourraient attaquer si la faillite avait lieu.

§ 8. L'actif devant être pris en considération pour le calcul du dividende.

Si, dans la faillite, l'état de collocation fixe le passif et le rang d'après lequel les différentes créances doivent être payées, c'est la liquidation de la masse qui permet, en transformant l'actif en numéraire, de calculer le dividende auquel les créanciers ont droit. Pour déterminer ce qui reviendrait aux créanciers en vertu de cautionnements du défunt si le passif héréditaire était liquidé selon les règles de la faillite, il est donc nécessaire, non seulement de dresser un état de collocation fictif, mais encore de rechercher quel est l'actif successoral, et comment il faut l'évaluer de façon à remplacer le mieux possible les indications qu'aurait fournies la réalisation forcée évitée grâce à l'acceptation de la succession par les héritiers.

A. Actifs qui, bien qu'inventoriés, ne doivent pas intervenir dans le calcul du dividende fictif.

1. En cas de faillite, les biens insaisissables (92 LP), sont laissés à la disposition du failli (224 LP), et ne sont pas vendus pour servir à rembourser les créanciers (197 LP). Le failli étant mort, une succession étant répudiée (573 C), ou reconnue insolvable au cours d'une liquidation officielle (597 C), on admet avec raison que ce sont les proches du défunt qui obtiennent, sans qu'ils aient rien à débourser, les biens énumérés à l'art. 92 LP [21]). Ces biens ne doivent donc pas non plus intervenir dans le calcul de ce qu'aurait produit la liquidation successo-

[21]) Voir Jäger, note 1 ad art. 224 LP, note 7 ad art. 197 LP.

rale [22]). Si ces objets insaisissables sont luxueux, on doit néanmoins tenir compte de leur valeur, déduction faite de ce que vaudraient de semblables objets de qualité courante. L'application de l'art. 92 LP, dont le but est d'empêcher que le débiteur tombe dans un dénuement complet, ne doit, en effet, pas aboutir à soustraire de la liquidation forcée plus que le nécessaire, et l'administration de la faillite peut vendre les objets de luxe en les remplaçant par des objets ordinaires, et conserver la différence de prix au profit des créanciers [23]).

2. Ne font pas non plus partie de la masse : les titres au porteur et valeurs à ordre transférés au failli pour l'encaissement seulement ou comme couverture de paiements à faire spécialement désignés, si l'ayant droit les réclame (201 LP) ; la créance contre l'acheteur d'une chose appartenant à autrui, mais que le failli a vendue, à condition qu'il n'en ait pas touché le prix avant l'ouverture de la faillite, pour autant que le propriétaire en exige la cession (202 LP) ; les choses vendues et expédiées dont le débiteur n'a pas pris possession avant la déclaration de faillite et qui n'ont pas été vendues ou données en gage à un tiers de bonne foi, sur lettre de voiture, connaissement ou lettre de chargement, à condition que le vendeur les revendique (203 LP).

En cas de succession, au contraire, ces biens font partie du patrimoine dans la plupart des cas, puisque, en vertu du droit civil, la propriété a été généralement transférée au de cujus ; celui qui aurait un droit de revendication ne possède qu'une créance contre les héritiers qui acceptent. Dès lors, on peut se poser la question : ces biens doivent-ils être considérés comme actifs pour le calcul du dividende fictif ? En d'autres termes, les héritiers peuvent-ils alléguer que, dans une faillite qui se serait ouverte au décès de la caution, ces valeurs auraient été revendiquées et ne feraient plus partie de la masse ? Nous le croyons, car cette preuve ne porte pas sur les intentions des créanciers, puisque l'on doit admettre que dès qu'un bien aurait été revendicable, il aurait été effectivement revendiqué. Les choses revendicables ne doivent par conséquent pas être considérées comme actifs pour le calcul du dividende fictif. Il va sans dire

---

[22]) Même avis, Tuor, note 15 ad 591.

[23]) Voir Jäger, notes 7 et 9 ad art. 92 LP et note 2 ad art. 224 LP.

qu'alors, les créanciers qui auraient pu revendiquer ne doivent pas figurer dans l'état de collocation fictif.

3. Il est évident que les actifs successoraux qui ont déjà été déduits des créances dans l'état de collocation fictif parce qu'ils constituent un privilège des créanciers (créances de la succession, dans la mesure où elles sont compensables, voir page 54; valeur des gages, dans la mesure nécessaire pour couvrir les créanciers gagistes, voir page 56), ne doivent pas être encore traités une deuxième fois comme actifs.

4. Les biens de la succession engagés pour garantir la dette de tiers ne doivent jouer le rôle d'actifs qu'à partir du moment où le droit de gage est éteint. Tant que le droit de gage est valable, ils ne peuvent être considérés comme actifs que pour leur valeur dépassant le montant de la créance garantie. Si une réalisation intervient, il y a lieu, éventuellement, de corriger ce montant d'après ce qui revient aux héritiers.

B. Actifs non inventoriés devant intervenir dans le calcul du dividende fictif.

1. Pour le cas où les biens saisis non réalisés au moment de l'ouverture de la succession et les biens séquestrés n'auraient pas été portés à l'inventaire, il convient cependant, par analogie avec l'art. 199 [1] LP, de les considérer comme actifs, et les créanciers saisissants ou ayant requis le séquestre doivent être inscrits pour le montant de leurs créances dans l'état de collocation fictif.

2. La masse comprend tout ce qui peut faire l'objet d'une action révocatoire en conformité des art. 214 et 285 à 292, dit l'art. 200 LP. Nous avons déjà traité de l'application de l'art. 214 LP au chapitre précédent (page 55). Quant à l'action révocatoire proprement dite, dont le but est d'annuler des actes par lesquels le débiteur a porté préjudice à tous les créanciers ou à certains d'entre eux, sa prise en considération comporterait assurément des avantages pour les créanciers en vertu de cautionnements; mais les objections que nous avons émises au sujet de l'applicabilité de l'art. 214 LP sont aussi valables pour elle. En effet, lors même qu'on admettrait qu'il fallût compter comme actifs, à l'endroit des créanciers du chef de cautionnements, les

biens dont le de cujus a disposé partialement, par des actes révocables en cas de faillite, les bénéficiaires de ces agissements ne pourraient être inquiétés, et les autres créanciers ne verraient pas leur situation modifiée. Le concours des uns et des autres serait néanmoins indispensable pour constater la possibilité théorique d'intenter une action révocatoire. D'autre part, l'acceptation des héritiers couvre d'éventuels agissements déloyaux du défunt, puisque les héritiers doivent faire appel à leurs propres biens pour compenser le manque d'actif successoral. Si les créanciers en vertu de cautionnements sont malgré tout quelque peu lésés par des actes révocables d'après le droit de faillite, il ne serait pas équitable de faire supporter le tort qu'ils subissent par les héritiers acceptants qui, eux, sont les premiers et les plus directement atteints par ces actes.

L'annulation d'un acte du défunt, quant à ses effets à l'égard des créanciers en vertu de cautionnements, s'impose cependant lorsque ce sont les héritiers qui bénéficièrent de cet acte. Alors, il y a lieu de tenir compte des règles de l'action révocatoire et aussi du droit successoral prévoyant que, lorsque la succession est insolvable, le renonçant et ses héritiers, de même que les héritiers ayant bénéficié de libéralités entre vifs reçues du défunt et sujettes au rapport en cas de partage, peuvent, sous certaines conditions, être recherchés par les créanciers héréditaires (art. 497 et 579 C).

Il serait certainement injuste de ne pas pouvoir faire état de ces dispositions légales sous prétexte que les héritiers sont acceptants; car alors il suffirait que ces derniers aient suffisamment reçu du de cujus de son vivant pour qu'ils pussent, après avoir acquitté les dettes ordinaires et un simple dividende pour les cautionnements, conserver encore pour eux un boni sans avoir rien déboursé de leurs propres deniers.

S'il convient de protéger les créanciers contre de telles manœuvres, il ne peut cependant s'agir pour eux de bénéficier jusqu'à concurrence du montant de leurs créances de ce que les dispositions précitées permettraient de recouvrer si la succession avait été répudiée. Les créanciers ordinaires, qui ne subissent aucune perte, lors même que la succession est insolvable, profitent en réalité aussi, par l'intermédiaire des héritiers, des libéralités que le de cujus fit en faveur de ceux-ci. D'autre part, on doit présumer qu'au cours d'une liquidation selon le droit de faillite, l'administration aurait intenté elle-même ces actions

au bénéfice de tous les créanciers. Conséquemment, les créanciers du chef de cautionnements ne doivent voir leur dividende augmenter qu'au prorata de leurs créances. Dans ce but, ils peuvent exiger que le calcul de leur dividende fictif soit fait en admettant comme actif ce qu'auraient rapporté à la masse : l'annulation, conformément aux art. 285 à 292 LP, des actes et libéralités faits par le de cujus, de son vivant, en faveur des héritiers; ainsi que les actions prévues aux art. 497 et 579 C, pour autant que les faits visés là ne tombent pas déjà sous le coup de l'action révocatoire. Il serait juste que les héritiers répartissent entre eux l'augmentation de dettes en résultant, proportionnellement aux avantages retirés par chacun d'eux des dispositions du de cujus qui seraient attaquables en cas de répudiation de la succession.

C. L'estimation tenant lieu de réalisation.

1. On est en général d'accord pour admettre que, dans le calcul du dividende revenant aux créanciers en vertu de l'art. 591 C, l'estimation des biens faite à l'inventaire successoral doit remplacer, en principe, les prix de réalisation qui auraient été obtenus si une faillite avait eu lieu [24]). Les opinions diffèrent par contre sensiblement sur le point de savoir si les montants figurant à l'inventaire sont susceptibles d'être modifiés ou non.

Tuor [25]) admet que l'on peut faire la preuve d'une valeur autre que celle portée à l'inventaire. De son côté, la cour suprême bernoise a affirmé radicalement qu'en tant que valeur de liquidation les montants figurant à l'actif de l'inventaire ne peuvent être pris en considération [26]). L'essentiel serait donc, d'après Tuor et surtout la Cour suprême bernoise, de déterminer le plus exactement possible quel aurait été le produit effectif d'une liquidation selon les règles de la faillite. Mais le prix de réalisation, dans une vente aux enchères, dépend trop du hasard pour qu'on puisse le supputer. Vouloir tabler sur lui, c'est permettre toutes les suppositions, et lorsque les créanciers pré-

[24]) Dans ce sens, Trott, page 251; Jugement argovien, page 117; Gautschi, pages 338 et 339; Tuor, note 15 ad 591; Escher, note 10 ad 591; Jugement de Bâle-Campagne, page 173.

[25]) Note 15 ad 591.

[26]) Jugement bernois, page 732.

tendraient, dans leur intérêt, que l'estimation des biens à l'inventaire successoral est trop faible, les héritiers pourraient soutenir, avec autant de raison peut-être, qu'elle est trop élevée. De cette façon, on ferait naître inévitablement des litiges inutiles entre créanciers et débiteurs. C'est pourquoi la Cour suprême argovienne décida, en 1919 [27]), contrairement aux demandes des parties tendantes, l'une, à faire reconnaître que les héritiers n'auraient probablement pas à payer certaines dettes, l'autre, que de nombreuses créances devraient être amorties, que l'inventaire fait après sommation publique est la seule base sûre permettant de calculer la part des dettes de cautionnements que la succession doit payer [28]).

Gautschi [29]), commentant ce jugement, dit qu'il part d'un principe juste. Il ajoute que l'on ne doit pas admettre que, dans un procès, l'on ait recours à des experts pour fixer la valeur des actifs revenant aux héritiers. Cela occasionnerait non seulement beaucoup de frais, mais encore des manœuvres déloyales, et l'on rendrait ainsi par trop instables les données d'après lesquelles les héritiers ont accepté la succession. Cependant, poursuit-il, on ne peut méconnaître que les estimations de l'inventaire sont souvent inexactes, que tous les actifs n'y sont pas portés, que le calcul de la fortune nette peut être erroné et que malheureusement une procédure de plainte en cas d'inventaire inexact n'est pas du tout prévue [30]). C'est pourquoi il admet comme allant de soi que les erreurs et les lacunes doivent être respectivement corrigées et comblées sans autre.

La Cour suprême de Bâle-Campagne s'est ralliée, en 1937 [31]), à cet avis de Gautschi, et elle relève, à propos d'estimation de la « valeur de faillite » d'immeubles ordonnée en première instance, que le résultat d'une pareille estimation dépend trop de l'état du marché au moment de l'estimation, du choix des experts et de l'habileté dans la conduite du procès. Il

---

[27]) Jugement argovien, page 117.

[28]) Nous avons déjà exposé (pages 50 et suiv.) pourquoi nous ne pouvons pas nous rallier à cette opinion pour ce qui concerne le passif porté à l'inventaire.

[29]) Pages 338 et 339.

[30]) Nous pensons que la législation cantonale pourrait, en vertu de la délégation de l'art. 581[1], prévoir une semblable procédure.

[31]) Jugement de Bâle-Campagne, page 173.

est plus sûr et plus équitable pour les deux parties qu'on se base sur l'inventaire successoral au moment de l'acceptation de la succession [32]) pour déterminer le dividende de faillite, car c'est précisément cet inventaire qui supplée à la liquidation, puisque d'après la loi (581 [1]), il comporte un état de l'actif et du passif de la succession avec estimation de tous les biens. Pour obtenir une base de calcul objective, affirme encore ce jugement, on doit, ainsi que le propose Gautschi, corriger les erreurs et combler les lacunes, d'office ou à la demande des parties.

Malgré la rigidité relative de la solution préconisée par Gautschi et adoptée par la Cour de Bâle-Campagne, cette méthode est certainement préférable à celles voulant, malgré l'impossibilité pratique, qu'on se rapproche à tout prix de la situation telle qu'elle se serait présentée en cas de faillite. Elle est également supérieure à celle avancée par la Cour argovienne, puisqu'elle permet de redresser l'erreur. Escher [33]) reconnaît aussi ses avantages; mais pourquoi, comme le lui reproche le jugement de Bâle-Campagne, repousse-t-il toute correction des estimations dès que l'inventaire est clos et que les héritiers ont décidé d'accepter ? Cette restriction le rend, en réalité, partisan du jugement argovien empêchant toute modification, même justifiée, de l'inventaire successoral, puisque, souvent, on ne s'occupe sérieusement de la responsabilité qu'entraînent les cautionnements qu'au moment où ils échoient, ce qui a lieu, la plupart du temps, bien après la clôture et l'acceptation.

L'estimation tenant lieu de réalisation qui doit être utilisée dans le calcul du dividende revenant aux créanciers en vertu de cautionnements du défunt est donc celle figurant à l'inventaire successoral: elle ne peut être modifiée qu'en cas d'erreur évidente, et les lacunes de l'inventaire doivent être comblées. Contrairement à l'avis de Gautschi [34]), nous ne croyons pas qu'il convienne de se baser sur les évaluations d'un inventaire postérieur fait par les autorités tutélaires, même lorsque celles-ci ont décidé d'accepter la succession en se basant sur cet inventaire; car la

---

[32]) Nous pensons que l'inventaire successoral doit plutôt déterminer la masse active et passive à l'ouverture de la succession, et que les modifications postérieures ne doivent pas entrer en considération (voir page 51).

[33]) Note 10 ad 591.

[34]) Page 339.

possibilité de corriger les erreurs de l'inventaire successoral doit suffir à sauvegarder les intérêts des créanciers et des héritiers.

2. Nous sommes d'accord avec le jugement de Bâle-Campagne pour repousser aussi la proposition faite par Gautschi de tenir compte d'un prix de vente d'actifs supérieur à l'estimation de l'inventaire quand la vente a eu lieu avant l'échéance des cautionnements. Si une réalisation avantageuse a été possible, les héritiers devront peut-être se résigner à vendre d'autres actifs pour un prix dérisoire; et ils seraient alors en droit d'exiger qu'on tînt également compte de cette moins-value. Les estimations de l'inventaire devraient alors être changées au gré des ventes que les héritiers pourraient décider et conclure.

Ce qui ne dépend pas de la volonté des héritiers, et sur quoi il serait par conséquent juste de se baser, ce sont les paiements des créances que la succession a envers des tiers. Les héritiers ne peuvent modifier par leur intervention ni la validité de ces créances, ni la solvabilité des débiteurs. Le sort de ces créances devant être tranché de toute façon (comme c'est aussi le cas pour les créances que des tiers ont envers la succession; voir pages 50 et suiv.), les héritiers doivent donc pouvoir se prévaloir de toute perte, car elle se serait produite dans la même mesure si le patrimoine avait été liquidé selon les règles de la faillite. (Il faut évidemment que les héritiers sauvegardent leurs droits diligemment, et ils ne pourraient point faire état de pertes causées par leur négligence.) Nous ne pouvons donc pas nous associer, sur ce point, à la critique faite par le jugement de Bâle-Campagne envers Gautschi lui reprochant de rendre peu sûre la base de calcul en voulant autoriser les héritiers à se prévaloir des pertes sur les créances, notamment à la suite de concordats conclus par les débiteurs.

3. Parmi les erreurs de l'inventaire à corriger, Gautschi signale, en particulier, le fait de porter les immeubles pour la valeur d'estimation fiscale, alors que celle-ci est trop faible ou trop élevée[35]). Les créances douteuses figurent aussi souvent à l'inventaire pour leur valeur nominale. Alors que les polices d'assurance conclues en faveur de la femme et des enfants n'appartiennent pas à la masse, elles sont portées comme actifs. En revanche, il n'est pas rare que les papiers-valeurs ne soient pas

[35]) Voir, à ce sujet, page 39.

indiqués complètement à l'autorité chargée de procéder à l'inventaire, dans le but d'éviter la découverte de fraudes fiscales.

Il est impossible d'énumérer toutes les fautes commises en inventoriant susceptibles d'être corrigées pour déterminer l'actif devant être utilisé dans le calcul du dividende. On peut encore citer les fautes de calcul, l'inscription comme actifs d'objets ou de biens appartenant à des tiers, et inversement l'oubli d'inventorier certains biens.

§ 9. La proportion dans laquelle les héritiers sont tenus.

Après avoir vu, au paragraphe 7, comment dresser l'état de collocation fictif, et, au paragraphe 8, quel est l'actif devant être pris en considération pour le calcul du dividende, il ne reste plus qu'à se servir de ces données pour obtenir la somme à laquelle les créanciers en vertu de cautionnements ont droit. Toutefois, avant de rechercher comment il convient d'effectuer l'opération arithmétique proprement dite, revenons encore sur la question du montant du cautionnement pour lequel le dividende doit être calculé. Nous avons déjà traité ce sujet au paragraphe 7, pages 52 et suiv., en corrélation avec l'état de collocation fictif. Nous avons aussi énuméré, au paragraphe 6, les cautionnements pour lesquels la responsabilité des héritiers est limitée; mais, ce que nous voulons relever ici, ce sont des cas spéciaux dans lesquels il nous semble indiqué d'appliquer par analogie le droit de faillite, ce qui a pour effet de diminuer ou d'augmenter la somme devant figurer à l'état de collocation fictif, et, conséquemment, la responsabilité des héritiers.

A. Cas spéciaux.

1. En droit de faillite, non seulement les créanciers ordinaires, mais aussi les créanciers du chef de cautionnements ont le droit de compenser, en conformité des art. 213 et 214 LP, leurs créances avec celles que le failli peut avoir contre eux [36]). Il ne nous paraît pas qu'on puisse priver de ce droit les créanciers

[36]) Voir Jäger, note 3 ad art. 213 LP, note 5 ad art. 215 LP; ATF 31 II 766 et suiv., 54 III 20 et suiv.; Widmer, page 115.

de cautionnements du défunt dans les cas d'application de l'art. 591 C. Il est vrai qu'on arrive ainsi à rendre vaine, le cas échéant, la réquisition du bénéfice d'inventaire dans le but d'alléger la responsabilité des héritiers découlant des cautionnements du défunt. Mais on évite aussi, en reconnaissant cette faculté aux créanciers par suite de cautionnements, un inconvénient plus grave : la réquisition de la liquidation officielle par les dits créanciers chaque fois qu'ils auraient la possibilité éventuelle de compenser lorsque la succession serait liquidée selon les règles de la faillite. En permettant à ces créanciers d'opposer la compensation même lorsqu'il n'y a pas de liquidation, on leur enlève ce mobile d'intervention, et on laisse aux héritiers la possibilité d'accepter la succession dans tous les cas où ils jugeront qu'ils sont à même d'en supporter les risques, bien que ceux-ci soient augmentés par le fait que, si le cautionnement compensable vient à échoir, le créancier se prévaudra de la possibilité de compenser.

Conformément au deuxième paragraphe de l'art. 213 LP, la compensation n'a pas lieu : 1. Lorsque le débiteur de la succession est devenu son créancier du chef de cautionnement postérieurement à l'ouverture de la succession. 2. Lorsque le créancier de la succession en vertu de cautionnement est devenu son débiteur postérieurement à l'ouverture de la succession.

Comme la réclamation du créancier de cautionnement ne repose par sur un titre au porteur, le chiffre 3 de l'art. 213 n'entre pas en considération ici. En revanche, les arguments d'après lesquels l'art. 214 LP, pour des raisons d'ordre pratique surtout, doit être négligé quant à l'état de collocation fictif [37]), ne sont plus valables ici, puisque c'est le créancier lui-même qui doit invoquer la compensation. Les héritiers acceptants, qui sont lésés en lieu et place des cocréanciers, peuvent donc légitimement contester la compensation, lorsque le débiteur qui l'invoque a acquis, avant l'ouverture de la succession et en connaissance de l'insolvabilité de son créancier, une créance pour laquelle ce dernier était caution, en vue de se procurer ou de procurer à un tiers, dans une faillite éventuelle, au moyen de la compensation, un avantage au préjudice de la masse.

La compensation est-elle admise en tout ou en partie, il y a lieu d'en tenir compte dans l'état de collocation fictif, comme

[37]) Voir page 55.

nous l'avons vu pour les créances ordinaires[38]), pour autant qu'un dividende doive encore être versé pour la partie de la dette non compensable ou pour d'autres cautionnements.

2. Le créancier en vertu de cautionnement qui a reçu un gage de la caution pour garantir son engagement doit être remboursé entièrement pour le montant réputé couvert par le gage, et ce n'est que sur le découvert qu'il reçoit un dividende[39]). Si le créancier n'admet pas l'estimation du gage se trouvant à l'inventaire, et qu'il ne peut s'entendre avec les héritiers sur une autre estimation, nous croyons qu'il a le droit de faire vendre le gage conformément aux art. 816 et 891 C, et qu'alors le prix de réalisation remplace l'estimation de l'inventaire, pour déterminer le dividende.

En revanche, lorsque c'est la créance contre le débiteur principal qui est garantie par gages, le créancier ne peut réclamer aux héritiers que le dividende, et ces derniers n'ont d'autres droits que ceux accordés expressément par la loi à la caution lorsque le créancier est garanti par gages.

3. Parallèlement à l'admission, sous certaines conditions, de l'action révocatoire à l'égard des actes faits par le de cujus au profit des héritiers[40]), il est équitable de tenir compte des effets de cette action sur les dispositions prises par la caution, avant son décès, en faveur de son créancier en vertu de cautionnement.

Cependant, nous ne pensons pas qu'on puisse révoquer des actes qui sont sans rapport avec le cautionnement, bien qu'une telle révocation ne serait pas absolument injustifiée. Il est vrai qu'en cas de faillite une donation faite par la caution au créancier (acte n'influençant pas le cautionnement), serait sujette à révocation dans les conditions posées par la LP. Mais une révocation fictive, destinée simplement à modifier les bases de calcul du dividende, aurait pour effet non pas de diminuer le dividende revenant aux cautionnements, mais de l'augmenter. Si l'on voulait tenir compte d'une semblable donation dans le cadre de l'art. 591 C, on ne pourrait donc se borner à augmenter le dividende revenant aux cautionnements (ce qui aurait pour

---

[38]) Page 54.

[39]) Voir pages 55 et suiv.

[40]) Voir pages 60 et suiv.

effet de léser encore plus les héritiers), mais il serait nécessaire d'annuler effectivement la libéralité en question pour obtenir un résultat qui ne fût pas absolument injuste. Or, selon notre opinion, ce serait aller trop loin, en cas d'acceptation de la succession, car l'héritier acceptant ratifie en quelque sorte les actes du de cujus, et il ne doit avoir la possibilité de se départir de cette sanction implicite que pour des raisons tout à fait fondées. Si les héritiers sont d'avis qu'il est insupportable de payer un dividende pour cautionnement du défunt à un créancier ayant déjà reçu une donation de la part de la caution, ils ont la possibilité de répudier la succession pour se soustraire à ce paiement. Les héritiers acceptent-ils la succession, l'art. 591 peut tout au plus les autoriser à demander l'annulation d'actes en rapport direct avec le cautionnement.

Il se pourrait, par exemple, qu'un cautionnement eût été donné par le de cujus pour garantir le paiement d'un débiteur qu'il savait insolvable, dans le but d'avantager le créancier de ce débiteur insolvable tout en nuisant à ses créanciers personnels. Si la succession était liquidée selon les règles de la faillite, ce cautionnement serait annulable en vertu de l'art. 288 LP, et aucun dividende ne lui reviendrait dès que sa nullité aurait été reconnue. Dans ce cas, rien ne s'oppose à ce que les héritiers acceptants attaquent le cautionnement en nullité. On peut se représenter encore d'autres cas où une annulation de ce genre est admissible. Il va sans dire qu'alors le calcul d'un dividende fictif ne doit plus avoir lieu que si d'autres cautionnements valables viennent à échoir. Il ne faudra pas, dans cette occurence, porter les cautionnements annulés au passif.

Les héritiers sont aussi en droit de faire annuler, en conformité de l'art. 287 LP, la constitution, par le débiteur insolvable, dans les 6 mois précédant sa mort, de gages pour garantir son cautionnement, s'il ne s'était pas engagé précédemment à fournir une garantie, à moins que le créancier établisse qu'il ignorait la situation du de cujus.

B. Le calcul proprement dit.

A l'échéance d'un cautionnement du de cujus, les héritiers ont, s'il y a lieu, la faculté de contester la validité de ce cautionnement; ils peuvent aussi opposer au créancier toutes les ex-

ceptions transmissibles qui appartenaient à la caution. Les cas mentionnés sous lettre A du présent paragraphe peuvent aussi se présenter. Mais, dès que la responsabilité des héritiers est équivalente à un dividende de faillite, il convient de dresser un état de collocation fictif (paragraphe 7), et de déterminer l'actif devant être pris en considération pour le calcul du dividende (paragraphe 8).

Ces bases de calcul une fois établies, l'application analogique de l'art. 220 LP permet de fixer le dividende recherché. Pour ce faire, il faut d'abord soustraire du montant total de l'actif toutes les créances privilégiées qui ont été portées à l'état de collocation fictif. La répartition du reste de l'actif fictif entre les créanciers figurant en 5ème classe (parmi lesquels se trouvent les créanciers du chef de cautionnements), donne le pourcentage jusqu'à concurrence duquel les cautionnements sont réputés couverts. Il ne reste plus qu'à appliquer ce pourcentage aux cautionnements échus pour obtenir la somme pour laquelle les héritiers sont tenus à l'égard du créancier de cautionnement du défunt, et cela non seulement sur les biens de la succession, mais encore sur leurs biens personnels (589 3 C). Lorsque ce pourcentage dépasse 100 %, il convient, pour des raisons d'équité, d'utiliser l'actif en surplus pour payer les créanciers en vertu de cautionnements (si ce n'est pas déjà fait), jusqu'à concurrence du montant qu'ils auraient pu réclamer à la caution si elle avait vécu; c'est-à-dire qu'il ne faut pas restreindre les droits des créanciers de par les règles de la faillite, tant que la succession est solvable. Mais, quel que soit le taux obtenu, les créanciers ne peuvent évidemment prétendre plus !

Nous allons encore examiner, au paragraphe suivant, les cas dans lesquels il est indiqué de reviser ultérieurement le calcul de ce dividende.

Relevons aussi qu'état de collocation fictif et valeur déterminante de l'actif n'étant pas toujours faciles à établir, il est évident que les intéressés peuvent simplifier à leurs risques et périls le problème, en concluant une transaction par laquelle ils fixent, d'un commun accord, le montant qu'ils estiment représenter la dette des héritiers en vertu des cautionnements du défunt.

§ 10. Les rectifications ultérieures.

1. Dans la faillite, il n'est pas rare qu'après la clôture on constate que des biens ont échappé à la liquidation. D'autre part, des dépôts peuvent devenir libres. La loi prévoit alors une nouvelle distribution des deniers entre les créanciers perdants (269 LP). Le dividende revenant aux créanciers du chef de cautionnements du défunt doit donc aussi être complété, lorsque des faits analogues se produisent après le règlement opéré à l'échéance d'un cautionnement.

Il faut alors ajouter à l'actif ayant servi à calculer le dividende la valeur des biens successoraux découverts postérieurement, et verser aux créanciers l'augmentation de dividende en résultant. Nous avons déjà relevé (page 73), que les lacunes de l'inventaire doivent être comblées et les erreurs corrigées. Ces rectifications doivent être faites même après qu'un cautionnement est échu.

Le paiement des cautionnements ne nécessitant pas de liquidation, aucun dividende n'est déposé. Au lieu d'augmenter l'actif des dépôts devenus libres, il faut donc retrancher de l'état de collocation fictif le montant des créances subordonnées à une condition suspensive ou à un terme incertain qui ne viennent pas à échéance; il en est de même pour les cautionnements qui s'éteignent sans que les héritiers soient mis à contribution[41]). Ces créances ne sont, en effet, portées que provisoirement à l'état de collocation fictif, sans que leur dividende soit déposé[42]).

Les créances grevées d'une condition résolutoire remboursées aux héritiers du fait de l'avènement de la condition, sont aussi à soustraire de l'état de collocation fictif[43]).

2. Doit-on, en revanche, compléter l'état de collocation fictif si un créancier inconnu avant l'échéance d'un cautionnement, et non porté à l'inventaire, doit être remboursé par les héritiers ayant accepté la succession purement et simplement, et réclamer ainsi au créancier en vertu de cautionnement du défunt une restitution proportionnelle de ce qu'il a touché ?

---

[41]) Dans ce sens, Tuor, note 20 ad 591; Gautschi, page 339; Jugement de Bâle-Campagne, page 174.

[42]) Voir page 55.

[43]) Dans ce sens, Jäger, note 3 ad art. 269.

Si le passif héréditaire était liquidé selon les règles de la faillite, les créances ordinaires produites après la clôture de la faillite seraient renvoyées perdantes (LP 251). Il semble, de prime abord, qu'il faille, par analogie, s'abstenir de remanier l'état de collocation fictif, et n'exiger du créancier de cautionnement aucune restitution de dividende en raison du passif apparu tardivement. Mais alors ce serait aux héritiers qui ont eu la bonne grâce d'accepter purement et simplement de supporter tout le poids des créances tardives. Cela nous paraît bien injuste; l'équité réclame, au contraire, qu'on tienne compte du sacrifice fait par les héritiers ayant accepté sans réserve, et qu'on revise l'attribution de dividende comme dans le cas de découverte de nouveaux actifs.

3. Les droits de gage existant au décès de la caution peuvent aussi rendre indispensable une correction du calcul de dividende. Ainsi, lorsque les gages constitués par des tiers et garantissant des obligations du de cujus contribuent directement ou indirectement à libérer les héritiers de tout ou partie de ces obligations, on soustraira de l'état de collocation fictif la somme non payée ou recouvrée.

Les biens du défunt qui ont été engagés en faveur de créanciers de tiers, et qui sont libérés, doivent aussi être traités comme nouveaux actifs. Si une réalisation de gages ou un paiement de la part des héritiers intervient, et que le résultat final est différent de celui escompté [44]), une restitution ou un paiement supplémentaire peuvent être réclamés.

4. Le paiement fait au créancier pour un cautionnement du défunt peut lui-même être à l'origine d'une modification ultérieure de la proportion dans laquelle les héritiers sont tenus pour les cautionnements. Ce paiement peut en effet faire naître un droit de recours permettant, suivant la qualité et la solvabilité de celui envers lequel il est exercé, le recouvrement de tout ou partie du dividende de cautionnement. L'actif successoral est ainsi augmenté, et le créancier en vertu de cautionnement qui n'est pas déjà payé en totalité a droit à un surcroît de dividende.

a. Aux termes de l'art. 507 du CO, la caution est subrogée aux droits du créancier à concurrence de ce qu'elle lui a payé. Ces droits ne subissent, en principe, pas de modification lorsque la

[44]) Voir page 67, chiffres 3 et 4.

responsabilité des héritiers pour les cautionnements du défunt est limitée. Les successeurs de la caution ont donc le droit de se faire rembourser par le débiteur ou de se faire payer sur des gages en conformité de l'art. 507 CO. Si leur recours est garanti par une arrière-caution, (498 2 CO), ils ont la faculté de l'actionner en paiement de ce qu'ils n'ont pu obtenir dans la poursuite du débiteur. Ils peuvent aussi se faire payer sur le gage garantissant leur recours. Mais le produit de ces actions ne leur est acquis définitivement que si le créancier est désintéressé. S'il ne l'est pas, il peut exiger une augmentation proportionnelle de dividende, car, en cas de faillite, ces droits appartiennent à la masse, en vertu des art. 197 et 215 2 LP. Les héritiers ont alors un nouveau recours qui, s'il est fructueux, peut donner lieu à de nouvelles actions, jusqu'au moment où les héritiers seraient complètement remboursés. Pratiquement, un semblable rebondissement d'actions ne se produira guère, car le créancier actionne généralement directement le débiteur solvable. Ces complications sont aussi évitables par une entente entre les intéressés pour régler ces recours en une seule fois.

b. Les héritiers ayant payé au créancier un dividende dépassant leur part ont aussi un recours contre leurs coobligés, conformément à l'art. 497 CO, et Gautschi [45]) a raison d'affirmer que le produit de ce recours doit aussi être considéré comme nouvel actif entraînant une augmentation de dividende.

c. Etant donné qu'à l'égard du créancier de cautionnement la limitation de responsabilité des héritiers doit être assimilée à une faillite, pour ce qui concerne l'applicabilité de l'art. 216 LP, le créancier peut, lorsque tous les coobligés des héritiers sont en faillite, faire valoir sa créance entière non seulement à l'endroit des héritiers, mais aussi dans chacune des faillites. S'il réunit alors des dividendes supérieurs au montant de sa créance, cet excédent sera aussi dévolu aux héritiers proportionnellement à la somme payée au delà de la part dont ils étaient tenus envers les coobligés (LP 216 2).

D'autre part, en vertu du troisième paragraphe de l'art. 216 LP, les héritiers sont privés de leur recours contre les masses en faillite de leurs coobligés tant que le montant des dividendes payés ne dépasse point la somme due au créancier.

---

[45]) Page 339.

5. Les prétentions des créanciers et des héritiers à une modification ultérieure du dividende ne doivent pas pouvoir s'exercer indéfiniment. Etant donné leur nature, la prescription concernant l'enrichissement illégitime (67 CO) doit leur être applicable par analogie, en ce sens que l'action en augmentation ou en restitution de dividende se prescrit un an après que l'ayant doit en a eu connaissance, et, dans tous les cas, 10 ans après sa naissance.

§ 11. Particularité concernant la poursuite des héritiers.

Dans la poursuite contre la caution, le titre de cautionnement est admis, en principe, comme reconnaissance de dette sous seing privé permettant au créancier de requérir la mainlevée provisoire, selon l'art. 82 1 LP [46]). Le créancier peut donc également se prévaloir de cette pièce dans la poursuite contre les héritiers de la caution [47]). Mais, qu'advient-il lorsque les héritiers invoquent l'art. 591 C pour infirmer la présomption que la loi attache à ce document ?

Jäger [48]) est d'avis que « l'exception tirée de l'art. 591 à l'encontre d'un cautionnement du de cujus ne suffira pas pour faire écarter la demande de main-levée puisque seule la procédure ordinaire de l'action libératoire établira quel dividende serait éventuellement échu au cautionement en cas de liquidation ».

Nous avons cependant vu que ce dividende se détermine sur la base de l'inventaire public, en dressant un état de collocation fictif; aussi, nous croyons que, dans certains cas, les héritiers pourront, sur la base de cet inventaire, rendre vraisemblable qu'ils ne doivent en tout cas pas le montant pour lequel ils sont poursuivis. Les données de l'inventaire peuvent être, il est vrai, contestées sous certaines conditions; mais, d'après le texte allemand de l'art. 82 2 LP [49]), plus explicite que le texte fran-

---

[46]) Dans ce sens, Blumenstein, page 298, lettre a; Jäger, note 4 ad art. 82 LP; Giovanoli, note 22 ad art. 492 CO.

[47]) Dans ce sens, Jäger, note 3 ad art. 82 LP.

[48]) Note 10 ad art. 82 LP.

[49]) On peut le traduire comme suit : « Le juge la prononce si le poursuivi ne rend pas vraisemblables, séance tenante, des exceptions qui enlèvent sa valeur à la reconnaissance de dette. »

çais et le texte italien, on ne demande pas une preuve définitive aux débiteurs. Il suffira donc que ces derniers puissent montrer au juge qu'il y a tout lieu de croire qu'ils ne sont effectivement pas tenus pour le montant qu'on leur réclame, pour que le juge ne puisse prononcer la main-levée provisoire, malgré l'acte de cautionnement et l'échéance de ce cautionnement. Il importe peu qu'une créance équivalente à celle pour laquelle les héritiers sont poursuivis naisse par la suite, par exemple parce que des biens appartenant à la succession sont découverts, ou qu'une condition suspensive à laquelle était subordonnée une dette successorale ne se réalise pas; car le juge doit se baser, pour décider si l'opposition paraît fondée, sur l'existence de la créance au moment de la notification du commandement de payer [50]).

Une autre raison, d'ordre pratique, s'oppose à ce que le juge prononce la main-levée provisoire dans un pareil cas; c'est qu'il oblige alors le débiteur à intenter dans les 10 jours une action en libération de dette (83 [2] LP), malgré que sa responsabilité ne serait peut-être pas susceptible d'être fixée à ce moment-là, mais beaucoup plus tard seulement.

Par contre, si le juge laisse subsister l'opposition, le créancier n'est pas contraint d'intenter sans délai une action en reconnaissance de dette (79 LP). Il peut, au contraire, attendre que la situation se soit éclaircie, et éviter un procès prématuré. Il a même, alors, la possibilité de recommencer à peu de frais une nouvelle poursuite. Nous ne voyons donc pas pourquoi « seule la procédure ordinaire de l'action libératoire » établirait le dividende qui serait éventuellement échu au cautionnement en cas de liquidation.

Nous approuvons donc la Cour suprême bernoise, lorsqu'elle dit à ce propos [51]) que le juge doit refuser de prononcer la main-levée, non seulement lorsque l'héritier réussit à rendre vraisemblable que lors d'une liquidation selon les règles de la faillite le créancier en vertu de cautionnement serait renvoyé perdant, mais aussi lorsque l'héritier montre que le cautionnement ne serait, dans ce cas, probablement pas couvert jusqu'à concurrence du montant en poursuite, mais seulement dans une proportion moindre.

---

[50]) Voir Jäger, note 10, Supp. 1915, ad art. 83 LP.

[51]) Jugement bernois, page 732.

Conclusion.

En résumé, notre droit civil règle la responsabilité des héritiers pour les cautionnements du défunt de deux manières différentes, suivant que le bénéfice d'inventaire est ou n'est pas demandé. Dans le dernier cas, les cautionnements suivent le sort des autres obligations du de cujus. Dans le premier, au contraire, les héritiers acceptant sous bénéfice d'inventaire, ou même purement et simplement, voient leur responsabilité réduite au dividende qui serait échu aux cautionnements en cas de liquidation du passif héréditaire selon les règles de la faillite (591). Les héritiers peuvent ainsi, en demandant le bénéfice d'inventaire, alléger leur responsabilité pour les cautionnements grevant la succession, tout en acceptant celle-ci.

Cette possibilité présente évidemment des avantages pour les héritiers, incertains du sort futur des cautionnements, qui désirent éviter le plus possible des surprises provoquées par l'échéance ou la non-échéance de ces obligations conditionnelles. Elle leur permet, en effet, de supprimer dans une assez forte proportion les risques découlant d'une éventuelle insolvabilité des débiteurs cautionnés, tout en s'abstenant de prendre des précautions qui, non seulement les privent, au profit d'héritiers acceptants, du solde actif pouvant éventuellement apparaître ensuite de la non-échéance des cautionnements, mais qui blessent encore la mémoire du défunt. Le simple fait que les héritiers d'une caution demandent le bénéfice d'inventaire, peut aussi provoquer indirectement leur libération en engageant le créancier à exiger du débiteur le remplacement du cautionnement peu sûr.

Pour les créanciers du chef de cautionnement, les avantages que leur procure l'art. 591 sont plutôt modestes. Il leur per-

met tout au plus d'éviter les aléas et les frais d'une liquidation que les héritiers se verraient contraints de provoquer s'ils ne pouvaient se prémunir contre le défaut de paiement des débiteurs cautionnés par le défunt.

Les créanciers ordinaires sont avantagés en ce sens que cette disposition favorise l'acceptation des héritiers tenus alors personnellement et solidairement de la totalité des dettes ordinaires du défunt.

Mais, l'institution de notre code n'écarte pas tout danger pour les héritiers, à moins que le passif successoral ne soit constitué que par des cautionnements. Il ne faut pas oublier non plus qu'elle n'est applicable que sur l'intervention des héritiers qui doivent remplir certaines conditions. Son principal inconvénient réside cependant dans la difficulté qu'il y a à calculer le dividende de faillite fictif revenant aux cautionnements.

Le droit civil renvoie, en effet, aux règles de la faillite, afin d'enlever aux créanciers l'intérêt qu'ils auraient à requérir la liquidation officielle. Mais la faillite n'a pas lieu. Il faut donc se borner à en faire une fictive, sur le papier, sans le secours de la procédure radicale du droit de faillite, et sur la seule base d'un inventaire public. On est même obligé d'interpréter la plupart du droit de faillite, parce qu'il est basé sur la concurrence et la surveillance réciproque de tous les créanciers, alors que dans le cas qui nous intéresse, seuls certains créanciers sont opposés à des héritiers débiteurs. Ces difficultés ne sont toutefois pas insurmontables, et ce n'est pas leur existence qui pourrait nous persuader qu'il vaudrait mieux renoncer à une institution aussi utile et aussi équitable.

Nous devons reconnaître avec le Message du Conseil fédéral sur la revision du droit de cautionnement du 20 décembre 1939 (page 32), qu'une réglementation meilleure que celle de l'art. 591 n'est pas facile à trouver. Peut-être serait-il possible d'éviter bien des conflits en prévoyant que l'autorité devrait nommer un intermédiaire indépendant des parties chargé de fixer le montant de la responsabilité des héritiers dérivant des cautionnements du défunt. Les calculs seraient notablement simplifiés (il est vrai, un peu au détriment de l'équité), si l'on revenait au texte de l'art. 589 du Projet de 1904 attribuant aux créanciers le dividende qui serait échu aux cautionnements en cas de liquidation au marc le franc du passif héréditaire. Il en

serait de même si l'on reprenait le texte de l'Avant-projet de 1900 limitant la responsabilité des héritiers à ce qui reste après paiement des autres dettes successorales. Mais alors, il serait nécessaire d'empêcher les créanciers en vertu de cautionnements de requérir la liquidation officielle uniquement pour être placés sur le même pied que les autres créanciers.

Les idées à la base de l'art. 591 sont justes et rationnelles à un tel point qu'il nous paraît même désirable d'en faire d'autres applications. En premier lieu, la portée de cet article même pourrait être étendue aux cas analogues au cautionnement. Dautre part, nous nous sommes efforcé de montrer, au paragraphe 3, que cet article renferme une sorte de concordat, et qu'il prouve l'avantage qu'il y aurait à introduire dans la loi un véritable concordat successoral permettant une solution intermédiaire entre la responsabilité totale et l'absence de responsabilité des héritiers pour les dettes du de cujus. Enfin, s'il est indiqué de réserver un sort spécial aux cautionnements en droit successoral, de bonnes raisons existeraient également en faveur d'une distinction dans la faillite, où l'on pourrait colloquer tout ou partie des cautionnements et engagements semblables dans une sixième classe, au profit des créanciers de la cinquième.

TABLE DES MATIÈRES

Table des auteurs 7

Abréviations 9

Introduction historique 11

I. Droit romain 11
II. Droit germanique 12
III. Droits cantonaux 13
IV. Droit fédéral 17

Chapitre premier

§ 1. La responsabilité des héritiers pour les cautionnements du défunt en cas d'acceptation de la succession sans réquisition du bénéfice d'inventaire, quand la liquidation officielle est demandée, et lorsque tous les héritiers répudient 21

A. Lorsque la succession est acceptée sans réquisition d'inventaire 21

B. En cas de liquidation officielle de la succession .. 22

C. Quand tous les héritiers légaux du rang le plus proche répudient la succession 23

Chapitre II

La responsabilité limitée des héritiers pour les cautionnements du défunt, selon l'art. 591 C 24

§ 2. La portée de l'art. 591 C 24

§ 3. L'art. 591 C et l'institution du concordat 28

§ 4. L'application de l'art. 591 C 30

Chapitre III

Les conditions de responsabilité limitée des héritiers .. 37

§ 5. La réquisition du bénéfice d'inventaire et l'acceptation .. 37

A. La réquisition du bénéfice d'inventaire 37

B. L'acceptation 40

§ 6. Les cautionnements pour lesquels la responsabilité des héritiers est allégée 41

Chapitre IV

Le calcul du dividende échéant aux créanciers de la succession en vertu de cautionnements du défunt 48

§ 7. L'état de collocation fictif 48

§ 8. L'actif devant être pris en considération pour le calcul du dividende 58

A. Actifs qui, bien qu'inventoriés, ne doivent pas intervenir dans le calcul du dividende fictif 58

B. Actifs non inventoriés devant intervenir dans le calcul du dividende fictif 60

C. L'estimation tenant lieu de réalisation 62

§ 9. La proportion dans laquelle les héritiers sont tenus 66

A. Cas spéciaux 66

B. Le calcul proprement dit 69

§ 10. Les rectifications ultérieures 71

§ 11. Particularité concernant la poursuite des héritiers 74

Conclusion 76